Der Begriff der Pacht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Max Kappauf
Referendar
aus Sondershausen.

1931
Druck: Buchdruckerei Fr. Obermeyer in Osnabrück

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 31. Juli 1930.

Berichterstatter:
Geh. Justizrat Prof. Dr. Alfred Manigk.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

I. Kommentare und Lehrbücher.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1904.
Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, Stuttgart 1910.
Dernburg: Das bürgerliche Recht, Bd. III, Halle 1906.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, Bd. I, Mannheim 1908.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1903 u. 1905.
Enneccerus, Kipp u. Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Marburg 1920, Bd. I, 2 aus 1927.
Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. III, 1927.
Girard-Mayr: Römisches Recht, Bd. II.
Goldmann: Das Handelsgesetzbuch, Bd. I, Berlin 1901.
Hübner: Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 2. Auflage, Leipzig 1913.
Koenige: H. G. B. 2. Auflage 1929.
Lehmann-Ring: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Abtlg.: Handelsgesetzbuch, Bd. I 1902.
Meißner: Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar zum 2. Buch des B. G. B., Breslau 1897.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1910 u. 1929.
Planck: B. G. B. nebst E. G., Bd. II 2. Hälfte, Berlin-Leipzig 1923.
Siber: Römisches Privatrecht.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Berlin-Stuttgart-Leipzig 1929.
Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen des römisch. Rechts 1928.
Staub: H. G. B. 1921.
Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, München-Berlin-Leipzig, Recht der Schuldverhältnisse 2. Teil, 1928 u. 1912.
Warneyer: Kommentar zum B. G. B., Bd. I, 2, Tübingen 1923 und 1924.

II. Monographien.

Binder: Der Gegenstand, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 59 S. 1 ff.
Brückner: Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem B. G. B., Leipzig 1902.

Crome: Die juristische Natur der Miete nach dem B. G. B. in Iherings Jahrbüchern, Bd. 37 S. 1 ff.
Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte, 1897.
Crome: Die juristische Natur der Miete nach dem B. G. B., 1896.
Fraenkel: Das Miet- und Pachtrecht nach dem B. G. B., Berlin 1897.
Fuld: Das Mietrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Leipzig 1898.
Hoeniger: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen 1920.
Hoeniger: Die Pacht des Handelsgeschäftes; Festschrift für Lenel, Leipzig 1921.
Jacobi: Miete und Pacht: ihre Stellung in der Kulturgeschichte, im Privatrecht und im System des Entwurfs des B. G. B., Berlin 1889.
Leske: Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des Preuß. A. L. R. 1./2. Auflage, Berlin 1900.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Bd. I, Leipzig 1902/1908.
Mittelstein: Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reiches, Berlin 1909.
Pisko: Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Wien 1907.
Riezler: Werkvertrag nach dem B. G. B. 1900.
Rümelin: Dienst- und Werkvertrag.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, Berlin, Guttentag 1897.
Schreiber: Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht in Iherings Jahrbüchern, Bd. 60 S. 104 ff.
Sohm: Der Gegenstand, ein Grundbegriff des bürgerlichen Gesetzbuches; Festschrift der Degenkolb, Leipzig 1905.
Sohm: Vermögensrecht; Gegenstand, Verfügung. Archiv für bürgerliches Recht 1906, Bd. 28 S. 173 ff.
Sohm: Noch einmal der Gegenstand; Iherings Jahrbücher 1908, Bd. 53 S. 343 ff.

III. Dissertationen.

Aschenberg: Pacht an Rechten und Rechtsgütern, Bonn 1927.
Hoenicka: Das Handelsgeschäft als Objekt eines Pachtvertrages, Jena 1913.
Schwerdtfeger: Der Versuch einer Abgrenzung zwischen Miete und Pacht, Göttingen 1925.
Simons: Die Pacht eines Grundstückes samt Inventar nach dem Rechte des B. G. B., Greifswald 1913.

IV. Zeitschriften und Entscheidungen.

Archiv für ziv. Praxis.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, Hannover-Leipzig.
Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches, Drucksachen des Reichstages, 9. Legislaturperiode IV, Session 1895 bis 1897 zu Nr. 632.
Deutsche Juristenzeitung, Berlin.
Entwurf zum B. G. B.
Entscheidungen des R. G. in Zivilsachen, Berlin-Leipzig.
G r u c h o t: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, gegründet von Dr. Gruchot.
Höchstrichterliche Rechtsprechung.
Holzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaften, 1913 III.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Jena.
Juristische Wochenschrift, Leipzig.
M u g d a n: Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, München-Berlin.
W a r n e y e r: Jahrbuch für Entscheidungen.

Einleitung.

Obgleich die besondere und auch eingehende Regelung der Pacht in den §§ 581— 597 des Bürgerlichen Gesetzbuches zu der Annahme führt, daß die Pacht innerhalb des heutigen Rechts als ein festabgegrenztes Rechtsinstitut anzusehen ist, so läßt doch die Wissenschaft und in besonderem Maße die Rechtsprechung erkennen, daß in den verschiedensten Fällen Zweifel darüber entstehen können, wo eigentlich die Grenze zwischen der Pacht und gewissen anderen Rechtsinstituten zu suchen ist. Besonders die Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Unterscheidung von Miete und Pacht gibt Anlaß dazu, eine eingehende Untersuchung darüber anzustellen, wieweit der Begriff der Pacht zu fassen ist. Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, unter Beachtung aller Möglichkeiten einer Verwechslung der Pacht mit anderen Rechtsinstituten, eine möglichst einfache klar umgrenzte Normierung des Begriffes der Pacht herbeizuführen. Aus diesem Grunde erscheint es angebracht, zunächst die Pacht in ihrer geschichtlichen und rechtlichen Entwicklung kurz zu erörtern und dann auf den eigentlichen Zweck der Arbeit — die Umgrenzung des Begriffes der Pacht im heutigen Recht — zu kommen.

1. Kapitel.

Die Pacht in ihrer geschichtlichen und rechtlichen Entwicklung.

§ 1.

Römisches Recht.

Ein besonderes Institut für die Pacht finden wir im römischen Recht nicht. Unter dem Begriff der locatio conductio war hier Miete und Pacht zusammengefaßt (locatio conductio rei). Die l. c. r. war ein gegenseitiger Vertrag, durch welchen sich die eine Partei (locator) zur Gewährung einer Sache oder eines Rechts auf Zeit, die Gegenpartei (conductor) sich zur Zahlung einer Geldsumme (merces, pensio) hierfür verpflichtete. War nur der Gebrauch (uti licere) überlassen, so entsprach dies der heutigen Miete, war jedoch an dem überlassenen Gegenstande auch eine Fruchtziehung möglich und diese vom Vertrage mit umfaßt (uti frui licere), so lag Pacht vor.

Im allgemeinen unterlagen Mieter und Pächter denselben Rechtsregeln.[1]) Durch den Abschluß der l. c. r. wurden lediglich obligatorische Beziehungen zwischen den Parteien geschaffen. Der conductor hatte kein dingliches Recht an der Sache, ja nicht einmal Besitz. Es stand ihm lediglich ein persönliches Recht gegen den Vertragsgegner auf Ueberlassung des Gebrauchs bezw. der Nutzung zu. Schon daraus, daß der conductor nicht einmal Besitz erlangte, geht hervor, daß seine Stellung im römischen Recht erheblich ungünstiger war als im heutigen Recht. Der Mieter und Pächter übte den Besitz nur als Vertreter seines Vertragsgegners aus, er war detentor und hatte somit auch keinen Besitzschutz gegen Eingriffe Dritter. Ihm gegenüber hatte der locator jederzeit das Recht, ihn mittels der rei vindicatio oder dem interdictum uti possidetis auf die Straße zu setzen. Als Gegenwehr hierfür stand dem conductor nur die actio conducti zu, mittels der er Schadensersatz verlangen konnte; diese Klage stand ihm auch bei Ein-

---

[1]) Vgl. zu folgendem: Siber, Röm. Privatrecht S. 203 ff.
Girard-Mayr, Röm. Recht II S. 616 ff.

griffen von Seiten Dritter zur Seite allerdings nur gegen seinen Vertragsgegner, falls dieser ihn nicht gegen diese Dritten in Schutz nahm. Einige Besonderheiten gelten noch für die l. c. r. — falls Gebrauch und Fruchtziehung überlassen waren, also für die heutige Pacht. — Während für die Gebrauchsüberlassung einer Sache der Zins in Geld bestehen mußte, konnte bei Ueberlassung der Nutzung die Gegenleistung in Geld, in einer gewissen Menge von Früchten (pars quanta) oder in einem bestimmten Anteil an diesen bestehen (pars quota). Falls die Abmachung über eine Quote des jeweiligen Ertrages bestand, lag colonia partiaria — Teilpacht — vor. Es war dies — besonders in Hinsicht auf die Gefahrtragung — ein gesellschaftsähnliches Verhältnis.

Weiterhin bestand die Einrichtung der remissio mercedis. Bei ungewöhnlichen Vorfällen, welche die Fruchtgewinnung beeinträchtigten, konnte der conductor — unter der Verpflichtung der Nachzahlung aus den Erträgnissen außergewöhnlich besserer Fruchtziehung — entsprechenden Zinserlaß beanspruchen.[2])

Eine heute unmögliche Einschränkung — nämlich das Gebot für gewisse Beamte, eine Pacht zu übernehmen — schrieb das römische Verwaltungsrecht vor. So durften Dekurionen, Geistliche und Soldaten keine Pachtung übernehmen. Im Gegensatz zum gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters eines zum Gebrauche bestimmten Grundstückes (prædium urbanum), das sich auf alle für dauernd auf das Grundstück gebrachten beweglichen Sachen des Mieters (invecta et illata) erstreckte, hatte der Verpächter nur an den vom Pächter erworbenen Früchten ein gesetzliches Pfandrecht. Bezüglich des Fruchterwerbs bestand für den Pächter im Gegensatz zum heutigen Recht ein grundlegender Unterschied darin, daß der Pächter nicht schon mit der Trennung, sondern erst mit der Besitzergreifung — und auch dann nur, wenn der Verpächter nicht widersprach — Eigentum erwarb. Bei ungerechtfertigten Widersprüchen konnte sich allerdings der Pächter durch die actio conducti schadlos halten.

Die Einrichtung des sog. Eisernviehvertrages war schon dem römischen Recht bekannt. Bei der Pacht eines Grundstückes mit Inventar konnte der Pächter das Inventar zum Schätzungswerte übernehmen mit der Verpflichtung, es ebenso zurückzugewähren (contractus socidæ).[3])

Die aus den bisherigen Ausführungen ersichtliche schlechte Stellung des conductor beruhte, um auf die Ursachen dieser etwas ungerecht erscheinenden Gesetzgebung einzugehen, teils auf der

---

[2]) Sohm: Institutionen S. 387.
[3]) Girard-Mayr a. a. O.

Entwicklung der l. c. r. selbst, teils auf den sozialen Verhältnissen in Rom.

Da im römischen Recht die Regelung der gesetzlichen Bestimmungen über Eigentum in überragender Weise angestrebt wurde und insbesondere das Bestreben galt, es möglichst frei von Rechten Dritter zu halten, konnte das Institut der l. c. r. nicht zur vollen Entfaltung kommen. In sozialer Hinsicht ist von Wesentlichkeit, daß die Grundstücksmiete und Pacht in Rom nicht die Bedeutung hatten wie heute. Die römischen Bürger hatten ihren Wohnsitz durchschnittlich in eigenen Häusern, nur vermögenslose Leute wohnten in den Mietshäusern. Da das hier seßhafte Proletariat keinen ansehnlichen Mieter- und Pächterstand bilden konnte, insbesondere, weil ihnen der politische Einfluß fehlte, konnten sie keinen entscheidenden Druck auf die Entwicklung des ihren Interessen entsprechenden Rechtsinstitutes geltend machen und so verblieb eine Weiterentwicklung der l. c. r. zu ihren Gunsten.[4] Rechtlich war die heutige Pacht im römischen Recht als locatio conductio rei, wie gesagt, nur ein unter den Parteien wirkendes Rechtsverhältnis, ein strenges juris vinculum, bei dem der Grundsatz galt, Kauf bricht (Miete) Pacht. Dieser mehr volkstümlich als richtige Satz hatte insoweit seine Berechtigung, als der Käufer, den mit dem conductor keinerlei Rechtsbeziehungen verbanden, diesem nach seinem Willen die Weiternutzung überlassen konnte oder nicht. (So Oertmann S. 291, Heilfron S. 539 — mit der herrschenden Ansicht — anderer Meinung Jacobi S. 34, der den Satz Kauf bricht Miete für das römische Recht nicht anerkennen will).

§ 2.

Aelteres deutsches Recht.

Abweichend vom römischen Recht unterschied das deutsche Recht zwischen Miete und Pacht. (Der Ausdruck „Pacht" erscheint allerdings erstmalig im 13. Jahrhundert. Er ist abgeleitet von pactum und bedeutet ursprünglich den Vertrag zur Nutzung einer Sache gegen Gegenleistung, dann diese vertragsmäßige Nutzung selbst.[1]) Mieter und Pächter hatten eine weit gesichertere Stellung als im römischen Recht. Es beruhte dies auf der dem Mieter und Pächter gegebenen Gewere, durch welche der Satz „Heuer geht vor Kauf" — Kauf bricht nicht Miete — zur Geltung kam. Gerade hierin lag

---

[4]) Bruckner S. 2. — Jacobi S. 30.

[1]) v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. III S. 510 Anm.8. — Hübner, Deutsches Privatrecht S. 488.

der wesentlichste Unterschied der Stellung des Mieters und Pächters im Gegensatz zum römischen Recht.

Der Pächter war nicht nur detentor, sondern er hatte die Gewere an der Pachtsache.[2]) Die Gewere, die nach der herrschenden Meinung begrifflich den Ausweis für ein dingliches Recht darstellt.[3]), gab dem Pächter eine Handhabe gegen unberechtigte Eingriffe sowohl des Verpächters als auch Dritter. Kraft der für Pächter und Mieter sogenannten gemeinen Gewere stand dem Pächter ein direktes Recht an der Sache zu, das durch die Gewere des Verpächters nicht betroffen wurde. Der Verpächter konnte allerdings den Pachtgegenstand veräußern, aber die Gewere des Pächters wurde durch das neueintretende dingliche Recht des Käufers nicht betroffen.[4])

Eine weitere Eigentümlichkeit des deutschen Rechts in Bezug auf die Pacht ist der Viehverstellungsvertrag. Dieses Geschäft konnte selbständig als reine Viehverpachtung geschlossen werden, wobei die Gefahr für zufälligen Schaden der Verpächter (hier Versteller genannt) trug, es konnte aber auch der sogenannte Eisernviehvertrag geschlossen werden. Hierbei wurde zumeist ein Gut mitsamt einer bestimmten Menge Vieh, die in genau derselben Menge wieder zurückgegeben werden mußte, verpachtet; es trug also der Pächter (der Einsteller) die Gefahr.[5]) Im älteren deutschen Recht war die Pacht entsprechend dem Grundzuge dieses Rechts, nach dem in den Fällen, wo eine Sache der tatsächlichen Einwirkung eines Anderen unterstellt wird, das Recht desselben ein dingliches ist, als dingliches Recht aufzufassen.[6])

§ 3.

Gemeines Recht.

Der im älteren deutschen Recht aufgestellte Grundsatz „Heuer geht vor Kauf" wurde durch die nachfolgende Reception des römischen Rechts wieder überwunden. Nach vielerlei Streitigkeiten wurde als Grundsatz des Miet- und Pachtrechts der Satz „Kauf bricht Miete" (Pacht) eingeführt, da das in Rechtsprechung und Rechtslehre mehr und mehr überwiegende römische Recht auch in Bezug auf Miet- und Pachtverhältnisse im gemeinen Recht die Ueberhand gewann.

Dadurch wurde die Pacht wieder zu einem rein obligatorischen

---

[2]) v. Gierke, a. a. O., Bd. III S. 512/13.
[3]) Hübner, a. a. O., S. 184/85. — v. Gierke, a. a. O., Bd. II S. 187/190.
[4]) Hübner, a. a. O., S. 165 ff. — v. Gierke, a. a. O., Bd. II S. 187 ff.
[5]) Hübner, a. a. O., S. 489.
[6]) v. Gierke, a. a. O., S. 512.

Rechtsverhältnis.[1]) Nur einige kleinere Gebiete Deutschlands hielten an der bisherigen Rechtsauffassung fest. Immerhin suchte man aber die im römischen Recht enthaltenen Härten zu mildern, indem man dem Pächter mehr Rechte gab, während der Verpächter Einbuße an solchen erlitt. Dem Pächter wurde die actio spolio und eventl. die actio iniuriarum als Besitzschutz gegen den Verpächter und Dritte eingeräumt, auch erhielt er, wenn der Verpächter verkaufte und sich von dem Käufer dessen Eintritt in das Rechtsverhältnis zum Pächter versprechen ließ, ein unmittelbares Recht aus diesem Vertrage gegen den Käufer. Der rechtliche Grundzug der Pacht wird jedoch dadurch nicht geändert.[2])

§ 4.

Allgemeines Landrecht.

Einen erneuten Umschwung in der Geschichte der Pacht brachte das preußische allgemeine Landrecht von 1894, nach dem Pacht und Miete wiederum zu dinglichen Rechten wurden. Verpflichtete sich im Gebiete dieses Rechtes jemand, einem anderen ein Nutzungs- oder Gebrauchsrecht an seiner Sache einzuräumen, so erwarb der Vertragsgegner zunächst ein Recht zur Sache, welches dann durch den Besitzerwerb zu einem dinglichen wurde. Dieses dingliche Recht mußte jeder neue Erwerber, der durch freiwilligen Verkauf den Pachtgegenstand erwarb, anerkennen (A. L. R. I, 2, § 135, I, 21, §§ 2-5). Durch einen solchen Verkauf wurde also in den Rechten und Pflichten des Pächters nichts geändert, der Erwerber trat in den Vertrag ein. Dagegen hatten im Falle einer Zwangsversteigerung und im Konkurse sowohl die Gläubiger als auch der Ersteher ein allerdings an gewisse Fristen gebundenes Kündigungsrecht (A. L. R. I, 21, §§ 350 ff.).

Die Auffassung der Pacht als ein dingliches Recht hing mit dem eigenartigen System des A. L. R. zusammen, welches Schuld- und Sachenrecht nicht streng voneinander schied und die Schuldverhältnisse nur als Mittel (Entstehungsgründe) zum Erwerbe des Eigentums behandelte.

§ 5.

Heutiges Recht.

Vorstehende Auffassung wurde im ersten Entwurf zum B. G. B. nicht beibehalten. Der erste Entwurf folgte der römisch-rechtlichen Anschauung „Kauf bricht Miete“ (Pacht), allerdings in gemilderter

---

[1]) Jacobi, Miete und Pacht, S. 44 ff.
[2]) Bruckner, S. 4/5.

Fassung, denn der Erwerber hatte die gesetzlichen Kündigungsfristen einzuhalten und dem Mieter bezw. Pächter wurde im Falle des Verkaufes ein Rücktrittsrecht gegeben (E. I, § 509).

Diese zunächst vorgesehene Regelung wurde aber nicht beibehalten. Durch vielseitige Proteste, die sich gegen den Grundsatz „Kauf bricht Miete" richteten, beeinflußt, wurde bereits im zweiten Entwurf und infolgedessen im § 571 B. G. B. eine dahingehende Regelung getroffen, daß in dem Falle, in dem die vermietete Sache nach der Ueberlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert wird, der Erwerber in die Rechte und Pflichten des bisherigen Vermieters, die sich aus dem Vertrage ergeben, eintritt. Damit ist die allzu krasse Form des Satzes „Kauf bricht Miete" zu gunsten des besitzenden Mieters beseitigt worden. Der § 571 B. G. B. spricht allerdings nur von der Vermietung von Grundstücken, aber nach § 580 gilt er auch für Wohnungen und andere Räume. Wird demnach aber eine bewegliche Sache veräußert, so hat der Mieter nach B. G. B. nur ein rein persönliches Recht gegen den Vermieter; im Verhältnis zum Käufer gilt hier an sich noch der Satz „Kauf bricht Miete". Allerdings wird dieser Grundsatz durch den dem besitzenden Mieter im § 986 B. G. B. gegebenen Besitzschutz eingeschränkt. Für die Pacht gelten gemäß § 581 II dieselben Bestimmungen, da sich in den §§ 582-597 keine anderweitige Regelung vorfindet.

Ueber die rechtliche Natur der Miete und Pacht besteht seit der im § 571 ff. B. G. B. getroffenen Regelung Streit.

Es handelt sich hier um die Frage, ob der im Besitz befindliche Mieter oder Pächter von Grundstücken, Wohnungen oder anderen Räumen ein dingliches oder nur ein besonders wirkendes obligatorisches Recht hat.

Die Vertreter der Dinglichkeit stützen sich auf die Bestimmung des § 571 B. G. B., aus der hervorgeht, daß Mieter und Pächter ihre Rechte aus dem Vertrage auch dem Erwerber gegenüber geltend machen können. Das Rechtsverhältnis wirke also auch dritten gegenüber.[1]

Cosack bezeichnet die Miete als die dingliche Befugnis, das Grundstück in Gemäßheit eines Mietvertrages zu gebrauchen.

Dagegen vertritt die herrschende Meinung mit Recht den Standpunkt, daß die Grundstücksmiete und -Pacht nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis ist.[2]

---

[1]) Meißner zu § 571 Anm. 3. — Cosack II S. 285. — Kuhlenbeck II S. 306 Anm. 2.

[2]) Planck, Staudinger (§ 571 B. G. B.) — Endemann § 167 Nr. 2 — Oertmann, Vorbem. zu §§ 571—579; 3. — Crome S. 1 ff.

Diese Ansicht findet ihre Stütze durch folgende Darlegungen:

Nachdem im zweiten Entwurf zum B. G. B. die Aufnahme des Satzes „Kauf bricht nicht Miete“ beschlossen worden war, ergaben sich Meinungsverschiedenheiten darüber, in welcher Fassung dies im Gesetz zum Ausdruck zu bringen sei. Man einigte sich schließlich dahin, daß der Erwerber des Grundstücks kraft Gesetzes in die sich aus dem Vertrage ergebenden Rechte und Pflichten des Vermieters und somit Verpächters einzutreten habe. Da nun schon in den Motiven auf S. 384 ausgeführt worden war, daß es nicht angängig wäre, die Miete ohne Eintragungszwang zu einem dinglichen Rechte zu gestalten und die Kommission für die Beratung des zweiten Entwurfes dieser Auffassung nicht entgegentrat und auch von einer Veränderung des allgemeinen Charakters der Mieter überhaupt keine Rede war, so darf man wohl daraus schließen, daß nicht beabsichtigt war, der Miete und Pacht dingliche Natur beizulegen. Hinzu kommt noch, daß in den Protokollen selbst gesagt wird, daß der § 571 B. G. B. eine Anomalie gegenüber dem System des Entwurfes bedeute, welche man sich aber gefallen lassen müsse, da eine andere Konstruktion der durch § 571 B. G. B. herbeigeführten Rechtslage nicht möglich sei.

Es ist danach der Satz „Kauf bricht nicht Miete“ als eine Ausnahmevorschrift anzusehen und nicht aus allgemeinen Rechtsgründen herzuleiten.[3]) Die Kommission hat also die Frage, ob Kauf Miete bricht oder nicht, keineswegs mit der Frage nach der rechtlichen Natur der Miete bereinigt.

Crome sagt auch a. a. O. S. 25 zutreffend, daß die ganze Vorschrift des § 571 B. G. B. unnötig wäre, wenn die Pacht ein absolutes Recht hätte sein sollen.

Die rechtliche Natur der Miete und Pacht erhellt auch aus ihrer Stellung im B. G. B. Wenn auch das Sachenrecht nicht nur dingliche Rechte behandelt, denn im Sachenrecht werden z. B. auch Besitz und obligatorische Bestimmungen über das Pfandrecht behandelt, so werden doch im übrigen dort sämtliche dinglichen Rechte, deren Zahl nach der mit dem B. G. B. übereinstimmenden Ansicht der Literatur eine geschlossene ist, behandelt. An keiner anderen Stelle finden sich im Gesetz dingliche Rechte. Wenn hier Cosack einwendet, daß das Pfandrecht der Miete und Pacht in §§ 559 ff. B. G. B., also im Schuldrecht behandelt sei, so muß dagegen eingewendet werden, daß in diesen §§ nur gesagt wird, daß und in welchem Umfange dieses Pfandrecht besteht. Dagegen ist die Art und Wirkung des Pfandrechts im Sachenrecht geregelt (§§ 1204 ff.

[3]) Vgl. Protokolle II S. 134 ff. — Mittelstein S. 490. — Crome S. 23 ff.

B. G. B.). Der § 1257 B. G. B. ist ein Beweis, daß das Pfandrecht in erster Linie eine Materie des Sachenrechts ist, denn er bestimmt, daß die Vorschriften über ein durch Rechtsgeschäft entstandenes Pfandrecht auf das gesetzliche entsprechende Anwendung findet.

Die Stellung der Miete und Pacht im B. G. B. spricht demnach für den obligatorischen Charakter beider Rechtsinstitute.

Auch aus der Terminologie des B. G. B. geht hervor, daß Miete und Pacht nicht dinglicher Art sein können.

Dingliche Rechte sind Rechte an Sachen. Der Mieter und Pächter erhält aber durch den Miet- bezw. Pachtvertrag nur einen Anspruch auf Ueberlassung der Sache zum Gebrauche bezw. auch zur Fruchtziehung, aber kein Recht an der Sache selbst.[4])

Es ergibt sich dies aus verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen. Aus Art. 188 E. G. zum B. G. B. geht hervor, daß Mietrechte nicht als Rechte an einem Grundstück aufzufassen sind.[5]) Noch deutlicher ersieht man es aus § 9 Z. V. G., in dem zwischen solchen Personen, denen ein Recht an einem Grundstück zusteht und solchen, denen ein Miet- oder Pachtrecht zusteht, unterschieden wird. Bei der Annahme der Dinglichkeit von Pacht und Miete wäre diese Unterscheidung unnötig. Weiterhin möge zum Beweise dafür, daß Miete und Pacht keine Rechte an Sachen sind, die Gegenüberstellung der § 1821, Ziffer 1 und 2 mit § 1822, Ziffer4 und 5, in denen Miete und Pacht den Rechten an Grundstücken gegenübergestellt sind, dienen, ebenso Art. 170 und 172 E. G. zum B. G. B., in welchen die Miete im Gegensatz zu Art. 180 ff., die über dingliche Rechte handeln, als Schuldverhältnis bezeichnet ist. Außerdem finden wir im zweiten Abschnitte des III. Buches, der allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken behandelt, Pacht und Miete nicht erwähnt.

Schließlich ergibt sich noch daraus, daß Mieter und Pächter keine dingliche Klage haben, ein Beweis gegen die Annahme der dinglichen Natur der Miete und Pacht. Gegen tatsächliche Störungen Dritter sind Pächter und Mieter allerdings geschützt; denn es steht ihnen ein weitgehendes Selbsthilferecht (§ 859 B. G. B.) und die Besitzklage aus § 861 B. G. B. gegen den, welcher ihnen gegenüber fehlerhaft besitzt, zur Seite. Macht ein Dritter aber ein Recht an der Sache geltend, so hat der Mieter oder Pächter sich an den Vermieter oder Verpächter zu wenden und diesem die Führung eines Rechtsstreites zu überlassen. Ein selbständiges Klagerecht

[4]) Siehe auch Dernburg III, S. 182.
[5]) Siehe auch Mittelstein S. 536.

steht ihm nicht zur Verfügung. Daß ein absolutes Recht des Mieters nicht besteht, geht auch aus § 57 Z. V. G. hervor, wonach der Ersteher zwar in das bestehende Mietsverhältnis eintritt, aber für den ersten Termin, für den die Kündigung zulässig ist, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen kann. Es gilt also hier für den Ersteher der Satz „Kauf bricht Miete", wenn auch in etwas gemildeter Form zu Gunsten des Mieters.

Ein absoluter Klagschutz wie einem dinglichen Berechtigten (z. B. dem Eigentümer in §§ 985 und 1004 B. G. B.) steht also Mieter oder Pächter nicht zur Seite und es ist auch darum eine dingliche Natur der Miete und Pacht nicht anzunehmen.[6])

Da nun die Wirkungen der §§ 571-578 B. G. B. nur eintreten, wenn das Grundstück dem Mieter oder Pächter bereits überlassen ist, so müßten die Vertreter der Ansicht, daß Miete und Pacht dingliche Rechte seien, dementsprechend auch annehmen, daß aus dem ursprünglich unstreitig obligatorischem Recht mit der Besitzübertragung ein dingliches würde. Es entstände somit ein dingliches Recht an einem Grundstück durch Besitzübertragung. Das erscheint — wie auch Crome S. 33 erörtert — nicht möglich, denn eine Stütze kann für eine solche Begründung eines dinglichen Rechts im B. G. B. nicht gefunden werden.

Zusammenfassend darf man sagen, daß die Pacht ein Schuldverhältnis ist, bei dem aber Rechte und Pflichten des Verpächters auf dem jeweiligen Erwerber übergehen.

2. Kapitel.

Die gesetzliche Regelung der Pacht im B. G. B.

Im B. G. B. ist eine direkte Begriffsbestimmung der Pacht nicht gegeben. Der § 581 Abs. 1 B. G. B. schreibt nur die Verpflichtungen des Verpächters und Pächters vor, aus denen man den wesentlichen Inhalt des Pachtvertrages herleiten kann.

Es wird hier gesagt, daß der Verpächter durch den Pachtvertrag verpflichtet wird, dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes und den Genuß der Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, während der Pachtzeit zu gewähren hat und daß dem Pächter die Pflicht obliegt, dem Verpächter den vereinbarten Zins zu entrichten.

---

[6]) Crome, S. 43/58.

Abgesehen von der Zahlungsverpflichtung des Pächters erfordert die angeführte gesetzliche Bestimmung über die Pacht also drei Momente, die das Vorliegen eines Pachtvertrages bedingt.

a) Vor allem muß ein „Gegenstand" vorhanden sein, der dem Pächter überlassen wird. Was ist nun unter „Gegenstand" zu verstehen?

Das Gesetz gibt uns keine Definition dieses Begriffes, jedoch sagen schon die Motive zum B. G. B., welch' weitgehende Auffassung der Gesetzgeber zum Begriff des Gegenstandes hatte. In Band 2 der Motive wird zu § 531 B. G. B. (Pacht) angeführt, daß der § 531 B. G. B. als Gegenstand der Pacht nicht nur körperliche Sachen, sondern auch andere Gegenstände, namentlich Rechte ansieht.

Band 2 der Motive sagt auf Seite 369 zur Unterscheidung von Miete und Pacht, daß Gegenstand des Mietvertrages nur Sachen (körperliche Gegenstände), Gegenstand der Pacht aber auch Rechte sein können. Daß nun Rechte als Objekte der Pacht angenommen werden können, ergibt sich auch aus der Bestimmung des § 595 B. G. B., in dem unter anderem von der Verpachtung eines Rechtes gesprochen wird.

Eine wissenschaftliche und eingehende Untersuchung über den Gegenstandsbegriff ist zuerst durch Sohm angestellt worden.[1]) Er will unter Gegenstand nur das verstehen, was Gegenstand eines Verfügungsgeschäftes sein kann und er schließt dabei an Rechten nur die Vermögensrechte ein.

Gegen diese Auffassung hat sich insbesondere Binder gewandt.[2]) Er sagt, daß Sohm den Gegenstandsbegriff zu stark eingeschränkt habe; im Gegensatz zu dessen Auffassung sei das Wort „Gegenstand" im § 581 B. G. B. nicht als bestimmter technischer Begriff gebraucht, sondern sei lediglich ein Ausdruck, welcher für verschiedene, mehr oder minder wichtige Begriffe verwendet würde.[3]) Es gäbe Vermögensrechte, die doch nicht Gegenstand des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs im Sinne Sohms seien, andererseits aber Nichtrechte, die doch Vermögenswerte hätten. Alles seien Gegenstände im Sinne des § 581 B. G. B.[4]) Die Ansicht Sohms ist auch m. E. abzulehnen. Zunächst steht er mit seiner Meinung im Gegensatz zu den Absichten des Gesetzgebers und dem Gesetze

---

[1]) Sohm, Der Gegenstand, ein Grundbegriff des bürgerlichen Gesetzbuches S. 88. — Sohm: Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung S. 188.
[2]) Binder: Der Gegenstand, Ztschr. für Handelsrecht, S. 1 ff.
[3]) Binder: Der Gegenstand, Ztschr. für Handelsrecht, S. 78.
[4]) A. a. O., S. 3, 19, 78.

selbst. Wie aus den oben erwähnten Stellen der Motive hervorgeht, wollte der Gesetzgeber als Objekt der Pacht allgemein Gegenstände (einschließlich der Rechte), die nutzungsfähig sind, ansehen. Da es im B. G. B. keine Definition des Wortes „Gegenstand" gibt, so liegt es nahe, alles als verpachtungsfähig anzusehen, was zur Nutzung geeignet ist. Wenn das Gesetz hier im Sinne Sohms abgefaßt wäre, wie käme dann der Gesetzgeber darauf, einen Inbegriff von Gegenständen, nämlich einen Gewerbebetrieb, ein Landgut oder ein Handelsgeschäft als verpachtungsfähig zu erklären, wie er es in den §§ 592, 1822 Nr. 4 B. G. B. und § 22 H. G. B. und § 151 des Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908[5]) tut.

Abgesehen davon, daß die genannten Objekte als ein Inbegriff von Gegenständen technisch noch Gegenstände sein würden, muß man bedenken, daß z. B. bei der Verpachtung eines gewerblichen Unternehmens des öfteren gar nicht von einem positiven Gegenstand als verfügungsgeschäftlicher Sache gesprochen werden kann, weil ein solches Unternehmen möglicherweise in der Hauptsache aus geschäftlichen Beziehungen und einem festen Kundenkreis besteht.

Damit kommt man zu der wirtschaftlich gesunden Auffassung, die das R. G. vom Begriff des Gegenstandes im § 581 B. G. B. hat. Das R. G. behandelt in Band 70 der Entscheidung S. 22/23 den Fall der Verpachtung eines Inseratenteils eines Zeitschriftenverlages und stellt dort den Grundsatz auf, daß die Pacht sich nicht, wie die Miete, auf Sachen im Sinne des B. G. B. beschränke, sondern daß sie auch unkörperliche Dinge — soweit sie einen Ertrag gewähren — umfasse. Es sagt weiter, daß das positive Recht keinen Zweifel darüber lasse, daß es einen Handels- oder Gewerbebetrieb, der auf der Grundlage eines Inbegriffs nicht bloß von Sachen und Rechten, sondern auch von tatsächlichen Möglichkeiten, den sogenannten Chancen, dem Inhaber Gewinn zu verschaffen, als geeignet anerkennt, veräußert und auch verpachtet zu werden, und zwar dergestalt, daß die ihm innewohnende Ausnutzungsfähigkeit gegen Entgelt und auf Zeit einem anderen überlassen wird. Allerdings müsse der Uebernehmer noch eine eigene Tätigkeit entwickeln, aber diese fuße auf der genannten Grundlage, die sie erst nutzbringend gestalte. Die in dem

[5]) Vgl. auch Protokolle 3, 232 ff., wo die Verpachtung eines gewerblichen Unternehmens erwähnt wird.

Unternehmen steckende Werbekraft, die ihren Ausdruck in seinen Erträgnissen findet, sei jetzt dem Pächter dienstbar, er allein sei berechtigt, sie auszunutzen.

Dieser Gedanke hat seinen Ausdruck auch in anderen Entscheidungen des R. G. gefunden.[6])

Trotzdem also über die sogenannten Chancen keine Verfügungsgeschäfte abgeschlossen werden können, wird man sie doch als verpachtungsfähig anerkennen müssen. Somit kommen wir zu dem Ergebnis, daß der Begriff des Gegenstandes im Sinne des § 581 B. G. B. sämtliche Dinge — körperlicher oder unkörperlicher Art — umfaßt, die als anerkannt verkehrsfähige Vermögensobjekte zur Nutzung dienen können.

In der Abhandlung Aschenbergs[7]) werden diese außerhalb des Begriffs Sachen und Rechte liegenden Dinge Rechtsgüter genannt.[8]) Da nun soeben von nutzungsfähigen Dingen gesprochen wurde, könnte der Einwand erhoben werden, daß als nutzungsfähig nur gebrauchs- und fruchtziehungsfähige Gegenstände angesehen werden könnten. Nach § 99 B. G. B. seien aber zur Fruchtziehung nur Sachen und Rechte geeignet; die sogenannten Rechtsgüter könnten daher nicht fruchtbringend im Sinne des B. G. B. sein und demnach auch nicht dem Begriff des Gegenstandes im § 581 B. G. B. entsprechen.

Dazu ist folgendes zu sagen:

Gegenstand des Pachtvertrages kann allerdings nur ein nutzungsfähiger sein, d. h. ein zum Gebrauch und zum Fruchtgenuß geeigneter(§ 581 B. G. B.). Der § 99 B. G. B. spricht nun lediglich von Sachen und Rechten, sodaß man annehmen müßte, nur diese seien fruchtziehungsfähig. Danach könnte z. B. ein gewerbliches Unternehmen oder ein Handelsgeschäft keine Früchte tragen, denn es ist als Inbegriff von Gegenständen und tatsächlichen Beziehungen weder als Sache noch als Recht, also auch nicht als Gegenstand im Sinne des § 581 B. G. B. aufzufassen, weil ihm nach dem Wortlaut des § 99 B. G. B. an und für sich die Fruchtziehungsfähigkeit abgesprochen werden muß. Wenn der Gesetzgeber aber selbst einen solchen Inbegriff von Gegenständen, wie in den schon oben genannten Fällen als verpachtungsfähig erklärt, so muß er schlechterdings auch fruchtziehungsfähig sein. Wir sehen also, daß der Begriff „Früchte“ sich auch auf Dinge erstreckt, die

---

[6]) Z. B. R. G. 82, 340, Verpachtung des öffentlichen Anschlagwesens.
[7]) S. 21 ff.
[8]) Siehe auch Wolff, S. 121.

weitergehend als Sachen oder Rechte sind und die oben Rechtsgüter genannt werden. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Begriffsbestimmung der Früchte ist demnach nicht vollständig niedergelegt worden und somit steht der von uns normierte Begriff des Gegenstandes nicht im Widerspruch mit der Gesetzgebung.

b) Als zweites Erfordernis wird die Gebrauchsfähigkeit des Gegenstandes verlangt. Hier wird man im allgemeinen auf keinerlei Schwierigkeiten stoßen, jedoch ist der Fall der verbrauchbaren Sachen zu erwähnen.

Verbrauchbare Sachen, d. h. solche, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch im Verbrauch oder in der Veräußerung besteht(§ 92 B. G. B.), werden regelmäßig, soweit sie also ihrem normalen Zweck dienen, nicht Objekt eines Pachtvertrages sein können, da eine Rückgabe nach Verbrauch nicht möglich ist.

c) Außer der Gebrauchsfähigkeit des Gegenstandes der Pacht wird nun noch seine Fähigkeit, Früchte hervorzubringen, verlangt. Der Begriff der Früchte ist in § 99 B. G. B. geregelt. Er umfaßt sowohl natürliche und wirtschaftliche als auch Rechtsfrüchte. (Frucht im natürlichen Sinne ist eine neue Sache, die von der sogenannten Muttersache in regelmäßiger Wiederkehr hervorgebracht wird; Frucht in wirtschaftlichem Sinne bedeutet jede Ausbeute, die eine Sache ihrer Bestimmung gemäß gewährt; Rechts- oder Zivilfrüchte nennt man die Erträge, die eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt.) Sind nun die gebrauchsfähigen Gegenstände geeignet, Früchte zu bringen? Diese Frage muß wohl ohne weiteres bejaht werden. Für jeden Gegenstand, der zum Gebrauch dienen kann, wird, falls nicht schon wirtschaftliche oder natürliche Früchte von ihm hervorgebracht werden, ein Entgelt verlangt werden können, damit wäre schon die Fruchtziehungsfähigkeit begründet. Auch die Fruchtziehung für den Pächter, denn um dessen Fruchtziehung handelt es sich ja bei der Pacht, wird an sich auf diese Weise möglich sein, denn er kann auf Grund eines Rechtsverhältnisses eventuell mehr für den Gegenstand erlangen, als er selbst an den Verpächter abzuführen hat.

Während nun der Eigentümer ein unbeschränktes Fruchtziehungsrecht hat, gilt für fremde Nutzungsberechtigte der Grundsatz, sich in den Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft zu halten. Für den Pächter ist dies im § 581 B. G. B. festgelegt. Bezüglich der Fähigkeit eines Gegenstandes, Früchte

zu erzeugen, wird man ebenfalls — wie bei der Gebrauchsfähigkeit — kaum auf Schwierigkeiten stoßen. Im allgemeinen gelten nun für die Pacht mit einigen Abweichungen die Mietrechtsvorschriften des B. G. B.

Ueber die einzelnen Sondervorschriften der Pacht ist folgendes zu bemerken:

Auffällig ist, daß die meisten Vorschriften in dem Abschnitt „Pacht" sich auf landwirtschaftliche Grundstücke beziehen. Der Gesetzgeber hatte bei Aufstellung der Pachtvorschriften besonders die Regelung dieser Materie im Auge. Dem Interesse einer ordnungsgemäßen Bebauungsweise gemäß ist daher auch die Pachtzeit in § 595 B. G. B. bei Grundstücken und Rechten grundsätzlich auf ein Jahr festgesetzt worden. Die Kündigung ist nur ½ Jahr vor Beendigung des Pachtjahres bezw. der Pachtzeit zulässig, auch wenn das Pachtverhältnis vor Ablauf der vereinbarten Zeit gekündigt werden kann. Da Verpachtung beweglicher Sachen hier nicht eingeschlossen ist, beträgt also die gesetzliche Kündigungsfrist in diesem Falle wie bei der Miete drei Tage (§ 565 B. G. B. Abs. 2). Ein Recht zur vorzeitigen Kündigung des Vertrages, falls der Verpächter eine Unterverpachtung nicht erlauben will, steht dem Pächter im Gegensatz zum Mieter nicht zu, auch gibt der Tod des Pächters nur dessen Erben, nicht aber auch dem Verpächter das Recht zur Kündigung; wegen Versetzung kann wiederum der Pächter nicht kündigen (§ 596 B. G. B.).

Wenn der Pächter den gepachteten Gegenstand nach Beendigung der Pacht nicht zurückgibt, ohne daß eine stillschweigende Verlängerung vorliegt, so richtet sich die Entschädigung des Verpächters nicht nach der Dauer der Vorenthaltung — wie bei der Miete —, sondern er kann Bezahlung nach dem Verhältnis verlangen, in welchem die in dieser Zeit gezogenen oder möglicherweise zu ziehenden Nutzungen zu den Nutzungen des ganzen Jahres stehen (§ 597 B. G. B.).

Bei der Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke, hat nach § 582 B. G. B. der Pächter die Kosten der Ausbesserungen zu tragen. Aenderungen in der wirtschaftlichen Bestimmung von landwirtschaftlichen Grundstücken darf der Pächter ohne Erlaubnis des Verpächters nicht vornehmen. Er kann also z. B. nicht Waldungen niederschlagen, um Ackerland zu gewinnen, oder Fischteiche ablassen (§ 583 B. G. B.).

Von Wichtigkeit sind auch die Vorschriften über Pacht von Grundstücken samt Inventar.

In diesen Fällen, z. B. bei der Verpachtung eines Landgutes im Ganzen, hat der Pächter die Pflicht, auch die einzelnen Stücke des Inventars zu unterhalten. Gehören Tiere zum Inventar, so hat er auch den gewöhnlichen Abgang aus dem Nachwuchs zu ergänzen, soweit dies einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Inventarstücke, die infolge eines vom Pächter nicht zu vertretenden Umstandes in Abgang kommen, hat der Verpächter zu ersetzen (§ 586 B. G. B.). Anders ist es bei der Uebernahme des Inventars zum Schätzungswert. Diese Abmachung bedingt, daß der Pächter das Inventar zum gleichen Schätzungswert wie bei Antritt bei Beendigung der Pacht zurückgibt. In diesem Falle kann er über die einzelnen Stücke in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft frei verfügen, trägt aber die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung. Wie im deutschrechtlichen Eisernviehvertrag (eisern Vieh stirbt nie) gehen die vom Pächter neu angeschafften Stücke (hier alle Arten von Inventargegenstände) mit der Einverleibung in das Inventar in das Eigentum des Verpächters über (§ 588 B. G. B.), jedoch kann dieser bei zu großem Werte die Uebernahme ablehnen. Falls ein Unterschied in dem Bestand zu Antritt und Beendigung der Pacht vorhanden ist, so wird er in Geld ausgeglichen (§ 589 B. G. B.).

Bemerkenswert ist weiterhin noch das gesetzlich erweiterte Pfandrecht des Verpächters. Es geht wesentlich über das Vermieterpfandrecht hinaus, denn es haften auch die Früchte und die an sich unpfandbaren Sachen, welche nach § 811 Nr. 4 Z. P. O. bei einem Landwirt der Pfändung entzogen sind, wie Wirtschaftsgerät, Vieh, Dünger und die bis zur nächsten Ernte erforderlichen Vorräte. Weiterhin ist es — abweichend von der Bestimmung des § 563 B. G. B. — zeitlich unbeschränkt und kann sowohl dem Pächter als auch dessen Gläubigern gegenüber geltend gemacht werden (§ 585 B. G. B.). Dem Pächter steht gemäß § 590 B. G. B. für seine auf das mitgepachtete Inventar bezüglichen Forderungen ein Pfandrecht zu Seite, zu dessen Geltendmachung er das Inventar im Besitz behalten kann. Zur Abwendung der Geltendmachung dieses Pfandrechts kann sich der Verpächter der Sicherheitsleistung nach § 562 B. G. B. bedienen.

Im übrigen ist noch zu sagen, daß der Pächter nach Beendigung des Pachtverhältnisses eines landwirtschaftlichen Grundstückes dieses nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung zurückzugeben hat. Endet die Pacht vor Ab-

lauf eines Pachtjahres, so hat der Verpächter angemessene Bestellungskosten für diejenigen Früchte zu erstatten, die im weiteren Lauf dieses Pachtjahres abgeerntet worden wären. Der Pächter eines Landgutes hat außerdem allen vorhandenen, auf dem Gute gewonnenen Dünger und von den landwirtschaftlichen Erzeugnissen einen bis zur nächsten Ernte für die Fortführung der Wirtschaft ausreichenden Vorrat zurückzulassen. Die zurückgelassenen Vorräte müssen ihm vom Verpächter vergütet werden, soweit sie den Wert der beim Antritt der Pacht übernommenen Vorräte übersteigen (§ 593 B.G.B.).

Zum Schluß dieses Abschnittes sei noch bemerkt, daß die meisten Vorschriften des Pacht- sowie Mietrechts nachgiebig sind und durch entgegenstehende Parteivereinbarungen geändert werden können.

3. Kapitel.

Abgrenzung der Pacht von andern Verträgen.

§ 1.

Abgrenzung von der Miete.

A.

Bedeutung des Unterschiedes.

Die Feststellung, ob ein Vertrag als Miet- oder Pachtvertrag anzusehen ist, kann in verschiedener Hinsicht von Bedeutung sein. An sich bedürfte dies gar keiner Erläuterung, da es ja offenkundig ist, daß für den jeweils gegebenen Vertrag auch die für diesen Vertrag gegebenen Rechtsnormen Anwendung finden. Die wesentlichsten Bestimmungen, die jeweils Anwendung finden, will ich jedoch anführen.

Zunächst sind — wie im Vorhergehenden zum Teil für die Pacht angeführt — wichtige Rechtsnormen im B. G. B. gegeben, die bei beiden Rechtsinstituten verschieden sind. Hier ist z. B. das verschieden geregelte Kündigungs- und Pfandrecht zu nennen. Dem Mieter eines Grundstückes steht grundsätzlich die Kündigung für den Schluß eines Kalendervierteljahres zu, während der Pächter den Schluß eines Pachtjahres abwarten muß (§§ 565-595 B.G.B.). Der Mieter kann — im Gegensatz zum Pächter — vorzeitig kündigen, wenn ihm die Ueberlassung des Gebrauchs an einen Dritten nicht gestattet wird (§§ 549 Abs. 1 bis §§ 596 Abs. 1 B. G. B.),

auch kann er als Militärperson usw. — wiederum im Gegensatz zum Pächter — eine vorzeitige Kündigung vornehmen (§§ 570—596 Abs. 3 B. G. B.); auch kann beim Tode des Mieters sowohl der Vermieter als auch der Erbe des Mieters kündigen, während bei der Pacht dieses Recht nur dem Erben zusteht (§ 569—596 Abs. 2 B. G. B.). Beim Pfandrecht ist die wesentliche Erweiterung für Pachtverhältnisse zu beachten. Der Vermieter kann sein Pfandrecht einem Dritten gegenüber nur wegen des Mietzinses geltend machen, der für das letzte Jahr vor der Pfändung zu zahlen ist, während das Pfandrecht im Pachtrecht für landwirtschaftliche Grundstücke zeitlich unbegrenzte Forderungen umfaßt (§§ 563—585 B. G. B.).

Ebenso tritt der § 811 Ziffer 4 Z. P. O. für das Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstückes außer Kraft und es können die Früchte des Grundstücks in Anspruch genommen werden, (§ 585 B. G. B.) Bestimmungen, die für das Mietpfandrecht nicht zutreffen, jedoch bei Zweifeln, ob Miete oder Pacht des Grundstücks vorliegt, von großer Bedeutung sein können. Außer im bürgerlichen Gesetzbuch finden wir aber auch eine verschiedene Behandlungsweise beider Rechtsinstitute im Prozeßrecht.

So sagt z. B. der § 23, Abs. 2 G. V. G., daß bestimmte Mietstreitigkeiten ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören. Weiterhin werden solche Streitigkeiten nach § 200 Ziffer 4 G. V. G. als Feriensachen behandelt. Bei Urteilsfällung sind auch solche Erkenntnisse ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 709 Nr. 1 Z. P. O.). Für die nicht von den genannten §§ des G. V. G. erfaßten Fälle der Mietstreitigkeiten und für alle Pachtstreitigkeiten greift dagegen die allgemeine prozessuale Regelung Platz. Besondere praktische Bedeutung hat der Unterschied zwischen Miete und Pacht in der Nachkriegszeit gewonnen. Die durch die Wohnungsnot hervorgerufenen Mieterschutzbestimmungen und gesetzliche Mietzinsbildung sowie auch die Pachtschutzordnungen sind hier von einschneidender Bedeutung geworden, denn die betreffenden Bestimmungen schaffen — besonders im Wohnungsnotrecht — ganz erhebliche Erleichterungen für die Betroffenen — speziell für den Mieter —. Da sich die Miete für die unter die Wohnungszwangwirtschaft fallenden Wohnungen und Gebäude in bestimmten Grenzen bewegt, dagegen der Pachtzins nicht gesetzlich geregelt ist, handelt es sich bei der Frage, ob Miete oder Pacht vorliegt, oftmals um ganz erhebliche Zinsunterschiede.

Von Wichtigkeit ist auch die rechtliche Behandlung beider Verträge in zwei aus dem Gesetz zu folgernden Fällen. Ich denke hier

an die bei der Pacht dem Pächter zumeist obliegende Gebrauchspflicht und an die Pflicht des Vermieters und Verpächters für die Fehler, die zur Zeit der Ueberlassung vorhanden sind oder später entstehen, sodaß das Objekt in seiner Tauglichkeit für den vertragsmäßigen Gebrauch leidet, einzustehen. Beide Fälle können bei Streitigkeiten, ob Miete oder Pacht vorliegt, für die jeweilige Entscheidung von Bedeutung sein und eine im folgenden noch zu erläuternde Verpflichtung nach sich ziehen.

Ueber die Gebrauchspflicht bei einer Mietsache wird man im allgemeinen kaum streiten können, denn eine solche wird fest niemals bestehen, es sei denn, daß sie zur Erhaltung der Mietsache unbedingt erforderlich oder besonders im Vertrage ausgemacht ist. So kann es z. B. dem Vermieter eines Platzes zum Aufbau von Zelten usw. vollständig gleichgültig bezw. sogar wünschenswert sein, daß der Mieter den Gebrauch nicht ausübt. Eine durch den Gebrauch gegebene Abnutzung der Mietsache wird eben dadurch sogar verhindert. Anders liegt jedoch der Sachverhalt bei einem Pachtgegenstand. Das R. G. schreibt hierzu im Recht 1925 Nr. 2413, daß bei der Pacht eine Pflicht zum Gebrauche weder zu vermuten noch aus der Rechtsnatur eines Pachtvertrages ohne weiteres abzuleiten ist. Jedoch könne durch übereinstimmenden Parteiwillen eine Gebrauchspflicht begründet werden. Es wird aber in den meisten Fällen ein — wenn auch stillschweigend — übereinstimmender Wille vorhanden sein und dieser dürfte m. E. dann zur Begründung einer Gebrauchspflicht genügen. So z. B. wenn das Bestehen eines Pachtgegenstandes unbedingt von regelmäßiger Fruchtziehung abhängig ist. Pachtet jemand ein Landgut, eine Gastwirtschaft oder einen anderen Gewerbebetrieb und unterläßt die Fruchtziehung, so wird regelmäßig eine Verschlechterung oder sogar Untergang des Pachtobjektes herbeigeführt. Das Landgut wird herunterkommen oder der Gewerbebetrieb wird eingehen.

Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstückes würde in diesem Falle gegen die Bestimmung des § 583 B. G. B. — der analog auch für andere Pachtobjekte anzuwenden wäre — verstoßen und somit dem Verpächter die Rechte aus §§ 550 evtl. 553 B.G.B. geben (Unterlassungsklage evtl. fristlose Kündigung).

Für die Pacht eines Handelsgeschäftes nimmt auch Staub[1]) an, daß der Pächter nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht hat, die Firma fortzuführen, denn nach Beendigung des Pachtverhältnisses will doch höchstwahrscheinlich der Verpächter die Firma selbst weiterbenutzen.

---

[1]) Staub, S. 176 Anm. 15.

Liegt also Pacht vor, so wird man allgemein in den Fällen, in welchem das Objekt des Vertrages unter der Nichtbenutzung leiden würde, eine Pflicht zur Benutzung aus dem stillschweigenden Willen der Parteien heraus als gegeben erachten müssen, während bei der Miete sich eine derartige Verpflichtung kaum ableiten lassen wird, weil das Nichtgebrauchen eine Verschlechterung der Sache nur in Ausnahmefällen herbeiführen wird.

Weiterhin ist die Pflicht des Vermieters und auch des Verpächters aus § 537 B. G. B. zu erwähnen. Da die Bestimmungen der Miete, soweit nicht anderes bestimmt ist, nach § 581 Abs. 2 B.G.B. auch für die Pacht Anwendung finden, so ist zunächst in jedem Falle das Vertragsobjekt in einem zum abgemachten Gebrauch geeigneten Zustande zu übergeben und während der Vertragszeit zu erhalten (§ 536 B. G. B.). Weiterhin tritt die Haftung des § 537 B. G. B. ein. Wohlgemerkt trifft diese Bestimmung aber nur für das Vertragsobjekt zu, nicht etwa für die bei der Pacht zu ziehenden Früchte.

Während also bei der Miete die Anwendung dieser Bestimmung eindeutig ist, kann sie bei der Pacht manchmal Zweifel erwecken. So haftet der Verpächter, wenn z. B. das Grundstück durch Ueberschwemmung zur Fruchtziehung untauglich wird. Dagegen trifft der Schaden, der durch Unwetter, Mißwachs usw. an Früchten entsteht, den Pächter. Entgegengesetzt wiederum ist es bei der Verpachtung eines Tanzsaales, wenn infolge einer Verordnung ein allgemeines Tanzverbot ergeht; hier werden von dem Zufall nicht die Früchte, sondern das Pachtobjekt betroffen, es haftet also der Verpächter (R. G. 89, 203). Die im römischen Recht gegebene „remissio mercedis" ist vom B. G. B. nicht aufgenommen. Der Verpächter hat lediglich den Gebrauch und die Möglichkeit der Fruchtziehung zu gewähren, wie diese ausfällt, ist Sache des Pächters.

B.

Die im Gesetz gezogene Grenze.

Die gesetzlichen Bestimmungen des B. G. B. besagen in den §§ 531 und 581, daß Miete gleich der Ueberlassung des Gebrauches einer „Sache" gegen Entgelt auf Zeit ist, während Pacht Ueberlassung des Gebrauches eines „Gegenstandes" und Gewähren des Genusses der Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, gegen Entgelt auf Zeit bedeutet.

Danach sind die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Rechtsbegriffe unschwer zu erkennen.

Ob es sich nun im Einzelfalle um einen Miet- oder Pachtvertrag handelt, hängt von den näheren Umständen, insbesondere von der Auslegung des Parteiwillens und den sich aus dem Vertrage ergebenden Befugnissen ab. Nicht entscheidend ist, wie die Parteien selbst ihren Vertrag bezeichnen; andererseits wird man aber die von den Beteiligten gewählte Benennung ihres Vertrages nicht als völlig unerheblich ansehen dürfen, denn diese Benennung kann in Grenzfällen für die Auslegung des Parteiwillens von Wichtigkeit sein.[1])

Wie der im Gesetz gegebene Wortlaut über die Vertragsverpflichtungen ergibt, zieht der Gesetzgeber eine zweifache Grenze und zwar erstens die des Vertragsobjektes und zweitens die des Vertragszweckes.

1. Als Vertragsgegenstand wird bei der Miete eine Sache, bei der Pacht ein Gegenstand gegeben. Der Begriff des Gegenstandes ist oben im Kapitel 2 a) schon näher erläutert, er betrifft in der Hauptsache also auch unkörperliche Dinge. Während man bei körperlichen Sachen allein aus dem Vertragsobjekt nicht ersehen kann, ob Miete oder Pacht gemeint ist, wird man bei unkörperlichen Dingen, insbesondere aber Rechten, von vornherein die Annahme einer Miete ausschließen müssen. Zweifel könnten hinsichtlich des Vertragsgegenstandes nur entstehen, falls ihn eine körperliche Sache bildet. Hier kommt aber dann das weitere Unterscheidungsmerkmal des „Vertragszweckes" zu Hilfe.

2. Der Mieter ist nur zum Gebrauch der gemieteten Sache berechtigt, während der Pächter außer dem Gebrauch auch die Früchte des gepachteten Gegenstandes für sich ziehen darf, allerdings mit der im § 581 B. G. B. gegebenen Grenze einer ordnungsmäßigen Wirtschaft.

   Aus diesen beiden Unterscheidungsmerkmalen wird sich in den meisten Fällen ergeben, ob der Vertrag als Miete oder Pacht anzusehen ist.

   Außerdem wird auch an dieser Stelle auf die schon bei der Bedeutung des Unterschiedes zwischen Pacht und Miete (Kapitel 3, S. 28/29) erörterte Pflicht zum Gebrauch und auf die Haftung aus § 537 B. G. B. verwiesen, die ebenfalls, allerdings sich nicht direkt aus dem Gesetz ergebende Unterscheidungsmerkmale bilden.

---

[1]) R. G. Z. 97, 21 und Höchstrichterliche Rechtsprechung 1929 Nr. 13 — 1208 —.

C.

Die tatsächliche Grenze.

Die vielen Möglichkeiten, die bei der Bildung von Pacht- und Mietverträgen gegeben sind, lassen es als notwendig erscheinen, vorerst alle Fälle auszuschließen, bei denen eine Unterscheidung keine Schwierigkeiten bereiten kann.

Es sind dies die Fälle, die schon nach den im Gesetz gegebenen Bestimmungen nur für eine Vertragsart in Frage kommen können (vergl. Abschnitt B).

1. Wenn alleiniges Objekt des Vertrages ein Recht oder ein sonstiger unkörperlicher Gegenstand ist, so scheidet von vornherein die Annahme eines Mietvertrages aus, da ein solcher nur über Sachen abgeschlossen werden kann.
2. Eine Konkurrenz beider Vertragsarten kommt demnach nur in Frage, wenn eine oder mehrere Sachen als Objekt zur Verhandlung stehen. Bedingung für diese Sachen ist aber, daß sie zum Gebrauch und zugleich zur Fruchtziehung dienen können, denn sonst entsprechen sie den Erfordernissen des Miet- bezw. Pachtvertrages nicht. Da beide Vertragsarten die Gebrauchsfähigkeit vorschreiben, so finden wir eine weitere Ausscheidung in den Sachen, die nicht gebrauchsfähig sind.

   Die Frage über gebrauchsfähige Sachen ist im Kapitel 2 b) schon erörtert worden. Es können also verbrauchbare Sachen, die zum Zwecke des Verbrauchs überlassen werden, nicht Gegenstand eines Pacht- oder Mietvertrages sein, da von einem Gebrauch hier nicht die Rede sein kann. Die Frage, ob gebrauchsfähige Sachen auch zur Fruchtziehung geeignet sind, haben wir im Kapitel 2 c) dahingehend erörtert, daß sie grundsätzlich zivile Früchte bringen können, also fruchtziehungsfähig sind. Es verbleiben also unter den Sachen nur solche, die nicht zum Verbrauch bestimmt sind. Wir wollen sie gebrauchsfähige Sachen nennen.

   Alle gebrauchsfähigen Sachen können demnach sowohl Gegenstand eines Miet- als auch Pachtvertrages sein.

   Um nun der tatsächlichen Grenze zwischen Pacht und Miete näher zu kommen, brauchen wir uns nur einige Beispiele über gebrauchsfähige Sachen als Objekt eines Pacht- oder Mietvertrages näher anzusehen.

   Zunächst soll sich die Untersuchung nur auf solche Verträge erstrecken, die eine Sache zum Vertragsgegenstand haben. Nehmen wir zum Beispiel an, Objekt des Miet- oder Pachtvertrages sei a eine Kuh, b eine Wiese und c ein Haus.

Alle drei Objekte sind gebrauchsfähige Sachen, können also sowohl als Gegenstand eines Mietvertrages als auch eines Pachtvertrages in Frage kommen.

a) Die Kuh kann als Zugtier vergeben werden, dann dient sie lediglich zum Gebrauch und es liegt Miete vor. Sie kann aber auch zur Milchgewinnung und zum Ziehen übergeben werden, dann liegt Ueberlassung des Gebrauches und Fruchtgenusses — Pacht — vor. Die Milch wäre hier natürliche Frucht. Möglich ist auch der Fall, daß die Kuh als Zugtier zu dem Zwecke fortgegeben wird, daß der Vertragsgegner sie andern zur Verwendung als Zugtier weiter vermietet. Auch hier liegt Pacht vor, aber es werden Zivilfrüchte, nämlich kraft der weiteren Mietverhältnisse gewonnen.

b) Eine Wiese kann zum Gebrauch als Festplatz überlassen werden — Miete —. Sie kann aber auch zum Zwecke der Grasgewinnung überlassen werden — Pacht —. Als Frucht ist hier der natürliche Ertrag gegeben. Möglich ist aber auch, daß die Wiese einem Unternehmer überlassen wird, damit dieser sie an einzelne Zelt- und Budenbesitzer mit Gewinn weiter vermietet — Pacht —. Hier ist eine Zivilfrucht gegeben.

c) Ein Haus kann jemandem zum Gebrauch, d. h. zum Bewohnen überlassen werden — Miete —. Weiterhin kann es aber auch zum Zwecke der Vermietung der einzelnen Räume an Dritte überlassen werden — Pacht —. Als Frucht kommt hierbei eine Zivilfrucht, niemals aber eine Naturfrucht in Frage, denn Erträgnisse kommen nur auf Grund von Rechtsverhältnissen zu den Mietern hervor.

Wir sehen aus diesen Beispielen, daß es wohl Sachen gibt, die natürliche und auch Rechtsfrüchte hervorzubringen vermögen. (a u. b), daß es aber auch andererseits Sachen gibt, die lediglich Zivilfrüchte erzeugen können (c). Aus diesem Gesichtspunkte wollen wir eine Einteilung vornehmen, die die Untersuchung erleichtern wird, und zwar: Unterscheidung der Pacht von der Miete in den Fällen, wo I. Sachen, die ihrer gewöhnlichen Bestimmung nach natürliche Früchte bringen, allerdings auch Rechtsfrüchte hervorzubringen vermögen, II. Sachen, die nur Rechtsfrüchte erzeugen können, als Objekt zur Rede stehen.

I. Die Grenze bei Sachen, die an sich natürliche Früchte bringen, aber zur Erzeugung von Zivilfrüchten dienen können.

Wie aus den Beispielen zu a u. b hervorgeht, ist in derartigen Fällen nur zu fragen, wozu dient der Vertragsgegenstand, zum Gebrauch allein oder auch zur Fruchtziehung? Die Antwort wird sich jedesmal aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrage ergeben. Regelmäßig werden sich in dem Vertrage Abmachungen befinden, die besagen, ob die Sache nur zum persönlichen Gebrauch (Miete) oder außerdem zur Ziehung der natürlichen Früchte (Pacht), eventl. zur Ausbeutung der Ertragskraft durch Weitergabe an Dritte (Pacht durch Ziehung ziviler Früchte) überlassen ist. Falls der Vertrag lediglich mit Miete oder Pacht bezeichnet ist und sonst keinerlei — auch nicht stillschweigende — Abmachungen über den Zweck getroffen sind, wird man eben nach der Bezeichnung auf die Art des Verhältnisses schließen müssen. (Vergl. Bl. 30.) Es kann also der Grundsatz aufgestellt werden, daß hier lediglich der Vertragszweck entscheidet.

II. Die Grenze bei Sachen, die nur Zivilfrüchte hervorbringen können.

Die hier zur Verhandlung stehenden Sachen sind gegenüber den zu I. behandelten wohl in der Minderheit; es sind im wesentlichen Gebäudegrundstücke und Räumlichkeiten, deren Vermietung oder Verpachtung jedoch im Wirtschaftsleben von großer Bedeutung ist.

Da nun auch hier die Abmachungen der Parteien eine wesentliche Rolle spielen, muß man als ersten Grundsatz für die Unterscheidung — wie in I. — den Vertragszweck an die Spitze stellen. Es wird sich aus den Parteiabreden in den meisten Fällen entscheiden lassen, welche Vertragsart vorliegt; jedenfalls dann, wenn Grundstücke oder Räume, die schon an sich nach ihrer Beschaffenheit für den Uebernehmer Früchte abwerfen können, diesem vertraglich zur Nutzung übergeben sind.

Ist aber ein Gebäudegrundstück allein immer geeignet, Früchte für den Uebernehmer zu erzeugen?

Damit kommen wir auf eine Kernfrage für die Abgrenzung von Miete und Pacht bei derartigen Grundstücken.

Wird eine Mietskaserne nach Fertigstellung von dem Bauherrn, der sich mit der Ausnutzung des Gebäudes nicht näher befassen will, einem Unternehmer zur weiteren Ausbeutung überlassen, so wird man sagen müssen, daß hier das Gebäude selbst für den Unternehmer Früchte abwerfen kann; wird aber eine Gastwirtschaft zum Zwecke des Betriebes des Wirtschafts-

gewerbes überlassen, so muß man sagen, daß das Gebäude allein nicht geeignet ist, für den Uebernehmer Früchte abzuwerfen. Es fehlt hier also etwas und zwar eine zweckentsprechende Einrichtung. Ohne diese wird eine Wirtschaft kaum Früchte der vertraglich gewollten Art abwerfen können. Es kann also auch hier wieder eine Unterscheidung für Sachen, die nur Zivilfrüchte hervorbringen können, gemacht werden und zwar erstens solche Sachen, die an sich schon Früchte hervorbringen können, und zweitens Sachen, die noch einer besonderen Einrichtung oder Ausstattung bedürfen, um für den Uebernehmer ertragsfähig zu werden.

Zu der erstgenannten Kategorie gehört z. B. eine Burgruine oder ein Aussichtsturm, die gegen Entgelt zu betreten sind und ähnliches. Es wird hier auf die von den Parteien getroffenen Abmachungen ankommen, denn an sich sind diese Sachen geeignet, Objekt sowohl eines Miet- als auch Pachtvertrages zu sein.

Anders ist es bei den Sachen, die aus sich allein nicht geeignet sind, Nutzungen der vertraglich abgemachten Art zu bringen. Wird ein Fabrikgebäude oder eine Gastwirtschaft zum zweckentsprechenden Betriebe überlassen, so wird der Uebernehmer aus dem leeren Gebäude Nutzungen der beabsichtigten Art nicht ziehen können. In diesem Falle könnte also, wenn der Vertrag auch als Pachtvertrag bezeichnet wäre, ein solcher nicht angenommen werden, da die Möglichkeit zur Fruchtziehung entfällt. Ist dagegen mit dem Gebäude eine Einrichtung verbunden, sodaß der Uebernehmer den Betrieb sofort fortsetzen oder doch neu beginnen kann, so ist die Möglichkeit der Fruchtziehung gegeben, und es kann bei entsprechender Abmachung Pacht vorliegen. Wenn also auch hier nicht, wie im ersten Falle, die Gebäude oder Räume allein Quelle der Erträge sind, so sind sie es doch in Verbindung mit der darin befindlichen Einrichtung. Sie bilden auf diese Weise ein wirtschaftliches Lebewesen, das imstande ist, Früchte abzuwerfen. Man wird nun hier unterscheiden müssen, ob sich im Einzelfalle die Bedeutung der überlassenen Räume darauf beschränkt, daß sie dem Uebernehmer nur als der örtliche Mittelpunkt seines Gewerbes dienen und ihm geeignete Gelegenheit geben sollen, seine gewinnbringende Tätigkeit auszuüben, — wie z. B. bei der Ueberlassung eines leeren Ladens zum Betriebe eines Tabakwarenhandels oder eines Friseurgeschäftes —, oder ob die Räume selbst als die eigentliche Quelle der zu erzielenden Erträge anzusehen sind, der gegenüber die zu

diesem Zwecke mitwirkenden Tätigkeit des Inhabers weniger wesentlich ist.[1])

Es kommt also außer dem Vertragszweck noch darauf an, ob die jetzt zu behandelnden Sachen als solche geeignet sind, Quelle der vertraglich gewollten Fruchtziehung zu sein. Voll geeignet sind sie zur Fruchtziehung aber nur, wenn sie mit einer zum entsprechenden Betriebe erforderlichen Einrichtung versehen sind.

Eingewendet könnte hier werden, daß in einem solchen Falle gar nicht von einer Fruchtziehung aus dem Grundstück die Rede sein könne, denn nicht das Grundstück, sondern das darin betriebene Gewerbe werfe doch die Früchte ab. Tatsächlich kommt es ja bei der Frage, ob Pacht vorliegt oder nicht, darauf an, ob das Objekt des Vertrages — also das Grundstück — geeignet ist, die gewollten Früchte zu erzeugen. Das wird bei eingerichteten Grundstücken, die einem Gewerbe dienen, regelmäßig der Fall sein. Die Ertragsfähigkeit eines solchen Grundstückes beruht allerdings zum Teil auf der zur Herstellung der Fabrikate erforderlichen Tätigkeit des Unternehmers, von großer Bedeutung ist aber für die Höhe der Erträge die bauliche Eigenart und die innere Einrichtung des Grundstücks. Erst wenn diese in guter Beschaffenheit vorhanden sind, hat der Unternehmer die Möglichkeit, durch Absatz seiner Waren lohnende Einnahmen zu erzielen. Ohne Zweifel wirken also geeignete bauliche Beschaffenheit und eine ausreichende Einrichtung so wesentlich zur Fruchtziehung mit, daß ein zum Gewerbebetriebe baulich geeignetes und eingerichtetes Grundstück als fruchtbringende Sache angesehen werden muß, da sich in einem solchen Falle der Gegenstand mit seiner Einrichtung als wirtschaftliche Einheit als Quelle der Erträge darstellt, demgegenüber die mitwirkende Tätigkeit des Inhabers in den Hintergrund tritt. Die erzielten Früchte sind Sachfrüchte gemäß § 99, Abs. 3 B. G. B., denn die Fruchtziehung erfolgt durch die hinzukommende Tätigkeit des Uebernehmers auf Grund der in Bezug auf die Sache eingegangenen Rechtsverhältnisse.[2])

(Abgesehen wird hier von den Fällen, wo Pacht des Gewerbebetriebes vorliegt [vergl. hierzu § 7], denn hier kann von einer Konkurrenz zwischen Pacht und Miete keine Rede sein, da das Objekt des Vertrages keine Sache ist.)

[1]) Vgl. R. G. in R. G. Z. Bd. 81, S. 23; Bd. 87, S. 277; Bd. 91, S. 310; in J. W. 1924, S. 803; Warneyer 1926, Nr. 117 und 182.
[2]) So Staudinger zu § 581 B. G. B., R. G. Bd. 81, S. 23.

Aehnlich spricht sich auch das R. G. aus, das in der angeführten Entscheidung in Bd. 81 sagt „Als unmittelbare Einnahmequelle und demzufolge als fruchtbringende Sache sind Räume nur dann überlassen, wenn sie im allgemeinen schon mit der Einrichtung versehen sind, die zum Betriebe notwendig ist."

Abgesehen von dem Erfordernis einer baulich geeigneten Beschaffenheit, die meistens vorhanden sein wird, und an die nur in besonderen Fällen z. B. bei Gastwirtschaften, Hotels und ähnlichem größere Anforderungen gestellt werden müssen, erhebt sich nun die Frage, wann eine genügende Einrichtung als vorhanden angesehen werden muß. Auszuscheiden ist hier gleich der Fall, daß dem Uebernehmer nur wenige nebensächliche Inventarstücke zur Verfügung gestellt werden, denn dadurch kann er nicht in die Lage gesetzt werden, den Betrieb zu eröffnen und zu führen. Von einem fruchttragungsfähigen Gegenstande kann in diesen Fällen nicht die Rede sein. Wenn aber das Inventar nur einiger Ergänzungen von Seiten des Uebernehmers bedarf, also das Objekt in der Hauptsache betriebsfähig ist, so wird man von Pacht reden können, denn durch die Ergänzung wird nicht die Ertragsfähigkeit erst geschaffen, sondern die schon vorhandene lediglich erhöht. Zur Entscheidung der Frage wird mit dem R. G. übereinstimmend gesagt werden können, daß Pacht vorliegt, wenn die Einrichtung so weit vorgeschritten ist, daß durch sie die Räume in der Hauptsache für den Gewerbebetrieb geeignet sind, wenn auch noch eine Ergänzung oder Vervollständigung der Einrichtung vom Uebernehmer vorgenommen werden muß. Wann die Räume in der Hauptsache betriebsfertig sind, wird Tatfrage sein.

Es ist also bei Gebäudegrundstücken, auf denen auf Gewerbebetrieb ausgeübt werden soll, im Falle, daß sie als Objekt eines Pachtvertrages dienen sollen, erforderlich,

1. geeignete bauliche Beschaffenheit des Objekts,
2. eine geeignete Einrichtung in dem Umfange, daß das Gebäudegrundstück in der Hauptsache betriebsfertig ist.

Einigkeit herrscht nun in der Literatur und Rechtsprechung darüber, daß Pacht anzunehmen ist, wenn ein Gewerberaum mit der im wesentlichen notwendigen Einrichtung, die nicht unbedingt im Eigentum des Verpächters stehen muß, über die er aber verfügen kann, von diesem durch ein und denselben Vertrag überlassen wird.

Wie ist aber nun der Fall zu beurteilen, wenn der Uebernehmer von seinem Vertragsgegner einen leeren Raum zur Ausübung eines Gewerbes erhält und durch einen zweiten Vertrag mit derselben Person die zum Betriebe notwendige Einrichtung mietet oder kauft.

Liegt hier Pacht des Raumes vor oder Miete?

Das R. G. sagt hierzu, daß bei der Pacht nicht unter allen Umständen der Raum und die betriebsnotwendige Einrichtung durch ein und denselben Vertrag überlassen werden müssen. Es müsse aber ein so enger Zusammenhang zwischen beiden Verträgen bestehen, daß man die Absicht und den übereinstimmenden Willen der Parteien, daß die Einrichtung mit den Räumen zusammenbleiben und nach wie vor ihrer bisherigen Bestimmung dienen soll, erkennen könne.[3] Die Entscheidung in Bd. 91 S. 310 erörtert den Fall, daß die in den Hotelräumen befindliche Einrichtung nicht in den sogenannten Mietvertrag mit einbezogen, sondern dem angeblichen Mieter vom angeblichen Vermieter auf Grund eines besonderen Vertrages käuflich überlassen wurde. Das R. G. hat hier Pacht angenommen, weil beide Verträge trotz ihrer äußeren Trennung in engem Zusammenhang standen, die Einrichtungsgegenstände im Gebäude verbleiben und dort nach wie vor ihrer zweckentsprechenden Bestimmung dienen sollten. Die Absicht der Parteien sei also beim Kauf auf dasselbe Ziel gerichtet gewesen, wie bei dem sogenannten Mietvertrage. Infolgedessen sei es hier der Verpächter selbst, der die Einrichtung dem Pächter, wenn auch durch Kauf, überläßt. Er habe dann auch gemäß §§ 581, 537 B. G. B. für die Mängel der Einrichtung zu haften.

Zu dieser Auffassung, an der das R. G. festgehalten hat, und die bisher in der Wissenschaft kaum erörtert wurde, haben wir zunächst Stellung zu nehmen. Es wird dazu am besten auf die im Gesetz festgelegten Bestimmungen über Pacht zurückgegriffen.

Der aus dem B. G. B. abzuleitende Begriff der Pacht bestimmt, daß der Verpächter durch den Pachtvertrag verpflichtet wird, dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes und den Genuß der Früchte, soweit sie den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen, während der Pachtzeit zu gewähren (§ 581 Abs. 1 B. G. B.). Weiterhin hat er den verpachteten Gegenstand dem Pächter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und ihn während der

---

[3]) R. G. in Recht 1927 Nr. 897 und in R. G. Z. Bd. 91, S. 310.

Pachtzeit in diesen Zustand zu erhalten (§ 581 Abs. 2 in Verbindung mit § 536 B.G.B.).

Danach muß man zur Annahme eines Pachtvertrages voraussetzen, daß derjenige, der die Stellung eines Verpächters ausfüllen will,

1. einem andern, nämlich dem Pächter, den Gebrauch des Gegenstandes und den Genuß der Früchte durch den zwischen beiden Teilen abgeschlossenen Vertrag während der Pachtzeit gewährt und
2. daß er den Gebrauch des Gegenstandes und den Genuß der Früchte — jedenfalls die Möglichkeit hierzu — dem Pächter auch während der Pachtzeit erhält.[4])

Zur Gewährung des Genusses durch den Verpächter gehört nun — wie schon der Ausdruck „gewähren" besagt — daß der Verpächter sämtliche hierfür erforderlichen Vorbedingungen schafft. Er muß also einen zur Fruchtziehung schon geeigneten Gegenstand überlassen und zwar nicht in verschiedenen Verträgen, sondern, — wie das Gesetz sagt — „durch den Pachtvertrag".

Das Gesetz fordert — wie schon gesagt — in subjektiver Beziehung, daß der Verpächter dem Pächter den Gebrauch des Pachtgegenstandes gewährt, also auch überläßt, und daß er ihn in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande erhält.

Wird nun der überlassene Gegenstand erst dadurch zu einem Pachtobjekt, daß er mit einer bestimmten Einrichtung versehen ist, bilden also das Objekt nur die mit der Einrichtung versehenen Räume, so muß auch der die Räume überlassende in einer solchen rechtlichen Beziehung zu der Einrichtung stehen, die ihm die Verfügung darüber ermöglicht. Nur in diesem Falle kann er auch die Einrichtung, die ja einen wesentlichen Teil des Pachtgegenstandes bildet und die Räume erst zum Pachtobjekt macht, gewähren und in einem dem vertragsmäßigen Gebrauche dienenden Zustande erhalten.

Diese Ansicht, die meiner Meinung nach zutreffend ist, vertritt auch Oertmann.[5]) Nach ihm sieht die herrschende Rechtsprechung — vertreten in den auf S. 41 angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts — einseitig auf den wirtschaftlichen Endzweck des Geschäfts, während es in Wahrheit darauf ankommt, ob bereits das zu beurteilende Geschäft für sich geeignet ist, die Erreichung des Nutzungszweckes zu gewährleisten. Das sei aber nur dann der Fall,

---

[4]) Vgl. hierzu und zu folgendem: Crohne in J. W. 1924, S. 792.

[5]) Recht der Schuldverh. 1929, Vorbem. z. Pacht.

wenn gerade A selbst dem B die Bäume in betriebsfähigem Zustande überlasse, wobei freilich die Eigentumsfrage an dem dazu nötigen Inventar als solche nicht entscheide. Wenn aber B das Inventar erst auf Grund eines anderweitigen Vertrages erlange, so könne ihm der erste Vertrag noch nicht den Betrieb, sondern nur die dazu nötige Lokalität verschaffen und der Vertrag bleibe Miete. Dies sei auch wohl dann der Fall, wenn der zweite Vertrag sich unter denselben Personen abspiele.

Staudinger[6]) beschränkt sich zu diesem Punkte auf Anführung eines von Delius[7]) berichteten Falles, in dem es sich um Ueberlassung einer Unterkunftshütte an einen Verein gegen Entgelt handelt. In solchem Falle soll Pacht gegeben sein, wenn alles zum Herbergsbetriebe Notwendige an Einrichtung vom Verpächter oder einem Dritten käuflich übernommen wird. Dieser Ansicht, der ich aus den nachfolgenden Gründen nicht beizutreten vermag, scheint Staudinger, da er sich weiterhin noch auf einige in diesem Sinne zustimmende Entscheidungen[8]) beruft, sich anzuschließen.

Im Grunde wie in der hier vertretenen Auffassung äußert sich auch Hein.[9]) Seine Ausführungen kommen zu dem Schluß, daß zur Bestimmung eines Pachtvertrages maßgebend ist, ob das, was der Ueberlasser der Räume gewährt, für sich allein oder mit unwesentlichen Ergänzungen zur Führung eines wirtschaftlichen Betriebes die Grundlage bietet. Hein unterstützt die Ausführungen von Jhrke[10]), die darin gipfeln, daß bei gesonderten Verträgen des Uebernehmers mit dem Ueberlasser des Raumes und dem Ueberlasser der Einrichtung niemals ein einheitlicher Pachtvertrag konstruiert werden könne. Wohl sei ein Pachtvertrag unter Umständen möglich, wenn zwischen zwei Personen zwei Verträge abgeschlossen würden, aber dann müsse zwischen beiden Verträgen ein so unlösbarer rechtlicher Zusammenhang bestehen, daß beide Verträge Bestandteile eines und desselben zwischen beiden Parteien und keinem Dritten abgeschlossenen Vertrages seien. Diese Möglichkeit muß meines Erachtens zugegeben werden.

Wird nun ein baulich zum Gewerbebetrieb durchaus geeignetes, aber nicht mit der zum Betriebe in der Hauptsache erforderlichen Einrichtung versehenes Grundstück überlassen, so kann Pacht nicht

---

[6]) Recht der Schuldverh. 1928, zu § 581 (1b).
[7]) Preuß. Verw. Bl. 47, S. 400.
[8]) Warneyer 1924, Nr. 103; 1926 Nr. 45 u. 245; 1927 Nr. 76; R. G. Z. Bd. 114, S. 243.
[9]) J. W. 1929, S. 739 zu 10.
[10]) J. W. 1927, S. 2507 zu 13a.

vorliegen, da der Genuß von Früchten hierdurch nicht gewährt wird.

Es ist in diesem Falle unstreitig ein Mietvertrag gegeben. Die Rechtsnatur dieses Vertrages kann sich aber regelmäßig nicht ändern, wenn die zur Annahme einer Pacht notwendige Einrichtung durch einen weiteren — allerdings zwischen denselben Personen geschlossenen —, aber von dem ersten völlig getrennten Vertrage — z. B. einem Kauf- oder Mietvertrag — überlassen wird.[11]) In diesem Falle ist der Gebrauch des Gegenstandes und der Genuß der Früchte eben nicht durch den Pachtvertrag von dem Verpächter gewährt worden, sondern es liegen zwei getrennte Verträge vor, die nicht ohne weiteres zu einem Pachtvertrag zusammengezogen werden können.

Der Mieter des Grundstücks stellt sich die Einrichtung selbst auf Grund des zweiten Vertrages, bei dem lediglich die Vertragsschließenden dieselben sind. Ganz einleuchtend stellt sich die Sachlage, wenn der zweite Vertrag ein Kaufvertrag ist. Nach dem Abschluß dieses Vertrages hat sich der Verkäufer der Verfügungsgewalt über die Einrichtung begeben; er ist also gar nicht in der Lage, einen nutzungsfähigen Gegenstand zu gewähren, denn über die Einrichtung, die die Nutzungsfähigkeit des Grundstücks erst herstellt, kann er nicht mehr verfügen.

Viel weniger aber noch kann der Verkäufer der Einrichtung den Gegenstand in einer einem Pachtvertrag entsprechenden Fruchtziehungsfähigkeit erhalten. Das im Gesetz ausgesprochene Gewähren und Erhalten bedingt, daß der Verpächter zumindest in der Lage sein muß, auf gewisse Zeit über den zur Fruchtziehung geeigneten Gegenstand zu verfügen.

Wo bliebe aber der Sinn des Gesetzes, wenn es im Belieben des Pächters stände, diese Eigenschaft des Gegenstandes willkürlich zu ändern, wie er es durch Kauf oder Einrichtung in der Hand hätte.

Allerdings kann — in Abschwächung des hier vertretenen Standpunktes — zugegeben werden, daß man bei zwei gesonderten Verträgen eventl. doch von Pacht sprechen könnte. Aber das m. E. nur dann, wenn zwei gesonderte Mietverträge vorliegen, die in ihren beabsichtigten Auswirkungen rechtlich als ein einheitlicher Pachtvertrag angesehen werden können. Insofern wäre unter Umständen dem angeführten Standpunkte des R. G. beizutreten, denn hier besteht die Möglichkeit des Gewährens und Erhaltens, wenn auch der vom Gesetz geforderte einheitliche Vertrag sich aus zwei rechtlich zusammen verknüpften zusammensetzt, die allerdings durch

[11]) S. Oertmann, a. a. O. — Crohne, a. a. O.

ihren unlöslichen rechtlichen Zusammenhang als Bestandteile eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages zu gelten hätten.

(Zu der behandelten Frage äußert sich Oertmann auch in E. A. 1928, S. 675 ff. am Ende seiner Arbeit, wo er sagt, daß bei Ueberlassung des Inventars durch Sondervertrag unter Umständen höchstens ein gemischter Vertrag vorliegt und deshalb Pachtgrundsätze anwendbar sein mögen, vergl. § 6 ff. dieser Arbeit).

Ueber den erörterten Standpunkt des R. G. in Bd. 91 hinaus gehen nun in neuerer Zeit die Entscheidungen des Reichsgerichts über die Rechtsnatur der Verträge, die einen eingerichteten Gewerberaum zum Gegenstand haben.

Grundlegend hierfür ist das Urteil des 3. Zivilsenats vom 12. Januar 1926.[12])

Von dieser Zeit an vertritt das R. G. den Standpunkt, daß es zur Annahme eines Pachtvertrages genüge, wenn die Räume mit der zum Betriebe erforderlichen Einrichtung auf den neuen Inhaber übergehen, wobei es gleichgültig sein soll, ob die Einrichtung dem über die Räume Verfügungsberechtigten gehört oder einem Dritten, ebenfalls, ob sie vom Inhaber der Räume oder dem über die Einrichtung Verfügungsberechtigten überlassen wird.[13])

Als Voraussetzung für diese Fälle fordert das R. G., daß ein enger Zusammenhang zwischen den beiden äußerlich getrennten Verträgen bestehen muß. Die Uebernahme der Einrichtung soll auch nicht schon vorher erfolgt sein, sodaß sie vom Mieter selbst in die leeren Räume eingebracht wird, aber auch nicht nachträglich, sodaß beim Abschluß des Vertrages die Einrichtung überhaupt noch fehlte. Es wird weiter gesagt, daß der Zusammenhang, der vorausgesetzt wird, nicht in einer Rechtsbeziehung des Eigentümers der Räume zu der Einrichtung, sondern in der tatsächlichen Verbundenheit der Einrichtung mit den Räumen besteht.[14])

Es scheiden demnach — wie auch selbstverständlich ist — die Fälle aus, in denen von dem Vorhandensein einer wirtschaftlichen Verbindung zwischen Gewerberaum und Einrichtung zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht die Rede sein kann.

Zur Beurteilung dieses Standpunktes des R. G. verweise ich auf die oben gemachten Ausführungen zu dem Urteil in R. G. Z.

---

[12]) R. G. Warneyer 1926 Nr. 45.

[13]) Entscheidungen dieser Art finden wir weiterhin in J. W. 27, S. 1469; 28, S. 469 und 2517, Höchstrichterliche Rechtsprechung 1929 Nr. 13 u. a.

[14]) R. G. Urteil 14. III. 1929, L .Z. 1929, S. 1198.

Bd. 91. Zur Diskussion stehen nun noch die Fälle, daß ein Dritter die zum Betriebe notwendige Einrichtung dem Uebernehmer des Gewerberaumes verkauft, vermietet, verpachtet oder sonstwie überläßt.

Hier kann von einem „Gewähren“ des Pachtobjektes gar nicht die Rede sein, denn über die Einrichtung, die die Räume erst zum Objekt einer Pacht machen würde, hat der Ueberlassene keinerlei Verfügungsgewalt. Eine Hereinziehung des Vertrages über die Einrichtung in den Raumüberlassungsvertrag würde auch gegen § 305 B. G. B. verstoßen, wonach zur Begründung eines Schuldverhältnisses ein Vertrag zwischen Pächter und Verpächter erforderlich wäre; bezüglich der Einrichtung ist aber kein Vertrag zwischen „Pächter“ und „Verpächter“ geschlossen. Nicht ein vom R. G. geforderter Zusammenhang, denn dieser wird in den meisten Fällen vorhanden sein, sondern erst der synallagmatische Zusammenhang bringt einen Pachtvertrag hervor. Erst dadurch kann ein Pachtvertrag entstehen, daß ein nutzungsfähiger Gegenstand (hier also ein Raum mit betriebsnotwendiger Einrichtung) dem Pächter als Gegenleistung für Pachtzins gewährt wird.

Wenn in solchen Fällen Pacht anzunehmen wäre, so müßten auch Pachtgrundsätze zur Anwendung kommen.

Der sogenannte „Verpächter“ müßte demnach auch für den Zustand des Pachtgegenstandes — also auch der Einrichtung gemäß §§ 581 Abs. 2, 537 B. G. B. — einstehen. Wie kann aber ein „Verpächter“, der zu der Einrichtung in keinerlei rechtlicher Beziehung steht, dieser Gewährleistungspflicht genügen? Wie wäre es, wenn der Dritte nach Ablauf der eventuellen Mietzeit die Einrichtung fortholt oder die Ueberlassung der Einrichtung mit Erfolg anficht.

Dann müßte sich doch notwendigerweise der bisher als Pachtvertrag angesehene Vertrag in einen Mietvertrag verwandeln. Es kann aber nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Pachtverhältnisses von dem Willen eines Dritten abhängig zu machen.

Die Annahme einer solchen Rechtslage würde aber auch wirtschaftlich zu schweren Unbilligkeiten führen.

Da die Pachtsumme gewöhnlich höher ist als der Mietzins, erhielte der angebliche Verpächter ohne eine Gegenleistung den über den Betrag der Mietsumme hinausgehenden Pachtzins; ja, wenn der „Pächter“ die Einrichtung — vielleicht mit einem Geschäftsbetrieb — von einem Dritten gepachtet hätte, so müßte er für die Einrichtung doppelt Pacht zahlen; einmal an den Raumüberlassenden — dann an den Verpächter des Geschäfts.

Zusammenfassend ergibt sich hieraus ein unannehmbares Ergebnis, das nur auf den unrichtigen Ausgangspunkt zurückzuführen ist.

Zum Abschluß dieser Erörterungen kann also allgemein gesagt werden, daß zur Verpachtung von Gewerberäumen mit betriebsnotwendiger Einrichtung die Ueberlassung der Räume mit Einrichtung als wirtschaftliche Einheit von Seiten des verfügungsberechtigten Verpächters durch den Pachtvertrag an den Pächter notwendig ist.[15])

§ 2.

Abgrenzung vom Kauf.

Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Kauf und Pacht ergibt sich aus den ganz verschiedenartigen gesetzlichen Bestimmungen über beide Verträge, auf die wohl nicht näher eingegangen zu werden braucht. Eine Trennung beider Rechtsinstitute wird sich in den meisten Fällen schon aus dem Zwecke des jeweils vorliegenden Vertrages ergeben. Durch den Kaufvertrag soll dem Käufer der Anspruch gegeben werden, ein zeitlich unbeschränktes und inhaltlich erschöpfendes Herrschaftsrecht — nämlich das Eigentum — zu verlangen, während dem Pächter durch den Pachtvertrag lediglich ein zeitlich begrenztes Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht gewährt werden soll.

Objekte beider Verträge können nun sowohl Sachen als auch Rechte sein. Für die Pacht ausgenommen werden müssen wiederum verbrauchbare Sachen, deren Gebrauch mit einer Substanzverminderung verbunden ist, da sie nach Beendigung des Pachtvertrages nicht im ursprünglichen Zustand zurückgegeben werden können.

Sind also verbrauchbare Sachen allein Objekt des Vertrages, so wird regelmäßig Kauf vorliegen.

Zur Streitfrage, ob Pacht oder Kauf vorliegt, kann es nun im Falle eines Vertrages werden, bei dem nicht klar ersichtlich ist, ob eine fruchttragende Sache selbst und deren Nutzung oder die Früchte dieser Sache als Objekt des Vertrages aufzufassen ist.

Damit stoßen wir auf die Frage, ob ein Vertrag, dessen Zweck die Gewinnung von Bodenbestandteilen — wie Sand, Kohle, Steine, Salze usw. — bildet, als Pacht oder Kaufvertrag angesehen werden muß?

---

[15]) So im wesentlichen Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse 1929 Bd. II, Vorbemerkung zur Pacht. Ebenso in E. A. 1928, S. 675 ff., Warneyer in J. W. 1929, S. 3216 ff., Crohne in J. W. 1927, S. 792; Jhrke in J. W. 1927, S. 2507 zu 13a; Boeck in J. W. 1927, S. 2589 Anm. zu 5.

Können überhaupt Bodenbestandteile der eben genannten Art als Früchte eines Grundstücks angesehen werden, da doch durch ihre Entfernung die Substanz des Grundstücks vermindert wird und die Sache demgemäß nicht in ihrem ursprünglichen Zustand zurückgegeben werden kann? Dies ist zu bejahen, da nach § 99 B. G. B. als Früchte einer Sache nicht nur ihre Erzeugnisse zu gelten haben, sondern auch der Ertrag, der aus ihr ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird (Wirtschaftliche Früchte).

Die Möglichkeit eines Pachtvertrages in solchem Falle nimmt auch die Wissenschaft und Rechtsprechung an.[1])

Ein Vertrag nun, dessen Zweck die Gewinnung von Bodenbestandteilen ist, kann als Gegenstand drei verschiedene Objekte haben, nämlich a das Recht zur Gewinnung von Bodenbestandteilen, b das Grundstück und c die Bodenbestandteile (also die Früchte) selbst.

Der Fall zu a wird meist nur in besonderen Fällen in Frage kommen, so z. B. wenn A ein staatlich konzessioniertes Recht zum Abbau von Mineralien besitzt und es an B zur Ausnutzung auf Zeit gegen Entgeld weitergibt. Hier ist das Recht als fruchtbringende Sache und somit als Objekt des Vertrages anzusehen. Die Uebertragung der Ausnutzung ist somit als Pacht zu betrachten.

Soweit weiterhin die Befugnis zur Ausbeute eines Grundstückes auf Zeit gegen Entgelt in Betracht kommt, so wird fast stets nicht das Recht, sondern das Grundstück selbst den Gegenstand des Vertrages bilden. Beachtet man, daß hier zur sachgemäßen Ausübung der eingeräumten Gerechtsame wirtschaftliche Maßnahmen des Pächters erforderlich sind, die den Besitz des Grund und Bodens zur Voraussetzung haben, so wird man (mit Ausnahme des Falles zu a, vergl. auch unten S. 66/67) nicht die Befugnis als Recht sondern das Grundstück selbst als Vertragsobjekt ansehen müssen.[2])

Gleichgültig soll nun dabei nach R. G. in Recht 09 S. 279 zur Annahme von Pacht sein, ob die Ausbeute nach einer dem Ertrage entsprechenden Vergütung überlassen wird. Die Entscheidung begründet diesen Standpunkt damit, daß es der Natur des Pachtvertrages nicht widerstrebe, wenn der Berechtigte auf eine bestimmte Art der Ausbeute und die durch diesen Zweck bestimmte Art des Gebrauches der Grundstücke beschränkt sei. Der Vertragsfreiheit sei hier keine Grenze gezogen.

---

[1]) R. G. Z. 94, S. 280, Recht 09, S. 451 und 2794; Warneyer S.972 zu § 581 B. G. B. aus 1923; Oertmann Vorbemerkung zur Pacht.

[2]) Aehnlich auch R. G. Bd. 94, S. 280.

Allgemein (auch in bezug auf bewegliche Sachen) wollen Oertmann, Warneyer, Staudinger und Staub in diesen Fällen Kauf annehmen.[3])

Oertmann führt am angeführten Orte dazu aus, daß zum Vorliegen von Pacht erforderlich sei, daß das Entgelt für die Nutzungsüberlassung als solche zu leisten sei, unabhängig von der Höhe des zu ziehenden wirtschaftlichen Ertrages. Stufe es sich in dessen Höhe ab, so erscheine als Vertragsgegenstand in der Regel der demnächstige Ertrag selbst, nicht die Gewährung der Fruchtziehung. Es sei also Kauf gegeben. In derartigen Fällen werde die Tätigkeit der Fruchtgewinnung selbst meist dem Veräußerer obliegen (so fast immer bei der Milchpacht), aber auch, wenn das Gegenteil der Fall sei, dürfte in der Regel Kauf anzunehmen sein (so z. B. wenn A die diesjährige Wolle seiner Schafe dergestalt an B veräußert, daß B sie scheren und für jedes gewonnene Kilo einen bestimmten Satz an A bezahlen soll).

Dieser Standpunkt erscheint mir für das angeführte Beispiel einleuchtend, m. E. ist die Entscheidung, ob Pacht oder Kauf vorliegt, aber noch weiterhin darauf abzustellen, ob der Besitz behufs Gewinnung der Früchte übertragen wird oder nicht.

Die Höhe des Ertrages sowie eine Abstufung des Entgeltes und somit eine Beschränkung des Nutzungsrechts kann meiner Meinung nach nicht allein ausschlaggebend sein, denn nach den Grundsätzen der Vertragsfreiheit muß man auch dem Pächter und Verpächter zugestehen, daß sie in dieser Hinsicht Sonderabreden treffen. Ueberträgt demnach A dem B den Besitz an einem Steinbruch mit der Maßgabe, daß B nur jeden Tag ein Fuder Steine zu einem bestimmten Preise brechen darf, oder überträgt er ihm den Besitz einer Schafherde mit der Abmachung, daß B für jedes gewonnene Kilo Wolle so und so viel zu bezahlen habe, so würde ich den Steinbruch bezw. die Schafherde als Vertragsobjekt ansehen und demnach Pacht annehmen. (Bringt dagegen A dem B eine Herde Schafe auf den Hof oder läßt er B zu sich kommen, um sie von B scheren zu lassen und für das Kilo Wolle ein bestimmtes Entgelt zu erhalten, so würde Kauf anzunehmen sein).

In Durchführung obiger Ansicht müssen wir nun zu dem Ergebnis kommen, daß ein Kaufvertrag vorliegt, wenn eine Besitzübertragung des fruchttragenden Gegenstandes nicht stattfinden soll, gleichgültig wie das Entgelt für die als künftig zur Entstehung kommend aufzufassenden Sache festgesetzt ist. Dann ist also anzu-

---

[3]) Oertmann, Vorbemerkung zur Pacht; Warneyer zu § 581 B. G. B. Staudinger zu § 581 B. G. B.; Staub § 350 Anm. 38 H. G. B.

nehmen, daß nicht das Grundstück Objekt, dessen Gebrauch und Gewinnung der Früchte der Vertragszweck ist, sondern daß lediglich die Bodenbestandteile Vertragsobjekt sind und es an einem Gegenstand fehlt, aus dem Früchte gezogen werden können.

Zu der Frage der Besitzüberlassung äußert sich auch Enneccerus[4]) im allgemeinen zustimmend. Er sagt jedoch, daß die Besitzüberlassung kein unbedingtes Erfordernis für den Pachtbegriff sei. So z. B. will er die entgeltliche Ueberlassung der Grasnutzung eines Parkes auf zehn Jahre auch ohne Besitzüberlassung als Pacht auffassen. Diese Ansicht ist richtig. Es liegt hier aber meines Erachtens ein Fall vor, der unter die Pacht eines Rechtes (vergl. zu a) fällt. Es ist in diesem Beispiel die Befugnis gepachtet, jeweils bei Schnittreife das Gras abzuernten.

Zu unterscheiden bei der Frage, ob Pacht oder Kauf vorliegt, ist ferner, ob der Vertrag auf Gewinnung von Früchten geht oder ob Substanzteile der an sich fruchttragenden Sache als Objekt des Vertrages dienen. Nur ersterenfalls kann Pacht vorliegen. So ist es Pacht, wenn A dem B einen Wald gegen Entgelt und auf Zeit zur regelmäßigen, forstwirtschaftlichen Ausnutzung überläßt, hingegen Kauf, wenn die Ueberlassung zur Abholzung geschieht.[5])

Aehnlich liegt der Fall, wenn z. B. eine Kiesgrube bis zur völligen Erschöpfung überlassen wird.

In diesem Beispiel würde Kauf anzunehmen sein, da von der Rückgabe einer fruchtbringenden Sache nach völliger Ausbeutung derselben nicht mehr die Rede sein kann. Völlige Ausbeutung ist keine Ausübung der Fruchtziehung im Sinne der Pacht. Hier würde sich also die Frucht im weiteren Sinne selbst als Vertragsobjekt darstellen.

Eine hier einschlagende Frage ist ferner, ob Verträge über Elektrizität, oder Wasser als Pacht oder Kauf aufzufassen sind.

Bezüglich der Elektrizität wird die Entscheidung im allgemeinen darin liegen, ob man sie als eine selbständige und verbrauchbare Sache auffaßt — Kauf —, oder aber nur als Aeußerung oder Ausbeute einer Kraft — Pacht —.

Nach dem jetzigen Stande der Wissenschaft ist die Sachnatur der Elektrizität zu bejahen.[6])

Es ist demnach beim Bezug von Elektrizität Kauf aber nicht Pacht möglich. In der Regel wird jedoch ein Elektrizitätslieferungsvertrag derart vorliegen, daß der Unternehmer einen durch die

---

[4]) Enneccerus, Lehrb. 1927, § 324, Anm. 11.
[5]) Vgl. Oertmann 1929, Vorbemerkung zur Pacht.
[6]) R. G. 67, S. 232; Oertmann in Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 22, S. 340; Mittelstein S. 14 ff.

Elektrizität zu bewirkenden Erfolg (Beleuchtung eines Hauses, Antrieb von Maschinen) herbeizuführen hat. In diesen Fällen liegt ein Werkvertrag vor. Wenn aber durch Vertrag eine Anlage zur Gewinnung von elektrischer Energie (z. B. Elektrizitätswerk) überlassen wird, so ist Pacht gegeben, denn hier ist die Elektrizität nicht Gegenstand des Vertrages, sondern nur Frucht des als Vertragsobjekt anzusehenden Werkes. Von eigener Natur sind auch die Verträge, die das Wasser zum Gegenstand haben. Das Wasser an sich ist nur unter besonderen Voraussetzungen Sache im Sinne des B. G. B. und Objekt von Privatrechten. Soweit es nicht schon durch die öffentlich-rechtliche Gesetzgebung dem Privatrecht entzogen ist, ermöglicht das Wasser eine Sachherrschaft nur, sofern es in Behältern eingefangen ist. In seiner Sacheigenschaft wird es stets als verbrauchbare Sache anzusehen sein. Eigenartig ist, daß es nicht nur dann als verbrauchbar anzusehen ist, wenn es seine Substanz verliert, sondern auch dann, wenn es durch Entweichen die Sacheigenschaft im Sinne des B. G. B. einbüßt. Verträge, die nun den Gebrauch des Wassers als Sache zum Gegenstand haben, werden stets Kauf- (bezw. Werkverträge), nie aber Pachtverträge sein. Die Pacht ist nach ihrem Tatbestand, für den die Erhaltung der Substanz erforderlich ist, ausgeschlossen. Wohl ist dagegen möglich, daß nicht das Wasser, sondern das Wassernutzungsrecht, Gegenstand eines Pachtvertrages ist.
Verträge, durch die einem Andern gegen Entgelt auf Zeit solche Rechte — wie das zur Gewinnung von Eis, zur Ausnutzung der Wasserkraft u. a. — überlassen werden, sind Pachtverträge.

Theoretisch wäre an sich nun nicht undenkbar, die Wasserkraft als Frucht des „Wassers als Sache" anzusehen und somit doch das Wasser als Objekt eines Pachtvertrages und die gewonnene Kraft als Frucht des Wassers anzusehen.

Praktisch scheitert aber diese Annahme daran, daß das zur Erzeugung der Kraft nötige Wasser fast nie Objekt privater Herrschaftsrechte sein wird. Das Recht, ein Gewässer als Energiequelle zu benutzen, wird fast stets vom Staate verliehen sein und somit stellt sich die Wasserkraft als Ausbeute — Frucht — dieses Rechtes dar.

§ 3.

Abgrenzung vom Dienstvertrag.

Gegenstand des Dienstvertrages sind Dienste jeglicher Art (§ 611 Abs. 2 B. G. B.), während Gegenstand der Pacht eine Sache oder ein Recht ist. Die menschliche Arbeitskraft etwa als Sache und somit die Dienste als Früchte dieser Sache anzusehen, steht mit

der heutigen nationalökonomischen und ethischen Bedeutung der Arbeit als dem wichtigsten Produktionsfaktor und der notwendigen Berufstätigkeit der meisten Menschen nicht mehr im Einklang (Riezler S. 48). Allerdings könnte die Arbeitskraft an sich nicht als Sache (= körperliche Dinge), sondern höchstens als „Gegenstand" im Sinne des bürgerlichen Rechts aufgefaßt werden. Aber auch das ist abzulehnen, denn m. E. ist die Arbeitskraft als den Persönlichkeitsrechten derart nahestehend aufzufassen, daß sie als „Gegenstand" im Sinne des § 581 B.G.B. nicht in Frage kommen kann.

Theoretisch entfällt also jede Verwechslungsmöglichkeit zwischen Dienstvertrag und Pacht. Praktisch werden sich aber öfters Zweifel ergeben, ob ein nutzbringender Gegenstand oder Dienste das Vertragsobjekt bilden. So wird z. B. in Seufferts Archiv Band 60 Nr. 83 der Fall behandelt, daß eine Toilettenfrau von einem Unternehmer mit der Maßgabe angestellt wird, daß sie in bestimmten Zeiträumen 12.— Mark an den Unternehmer abführen muß. Es ist in solchem Falle zu untersuchen, ob Gegenstand des Vertrages die Dienste der Frau oder die Toilettenräume als fruchtbringende Sache sind. Hat jeder Benutzer der Räume eine bestimmte Gebühr zu entrichten und kann die Frau das Geld auf eigene Rechnung einziehen, wohingegen sie ein Entgelt an den Unternehmer abzuführen hat, so läge Pacht vor. Es könnte danach sowohl Pacht des Rechtes auf Erzielung der Gebühr in Frage kommen als auch Pacht der Toilettenräume selbst — als Teil des ganzen Gewerbebetriebes —. Liegt aber lediglich eine Verpflichtung zur Verrichtung persönlicher Dienste, welche in der Bewachung und Instandhaltung der Toiletten besteht, vor, so kann Pacht nicht in Frage kommen. Als Entgelt für diese Dienste können die von den Benutzern zu entrichtenden Gebühren dienen, bei Unentgeltlichkeit der Benutzung kann als Gegenleistung für die Dienste auch die Verschaffung der Gelegenheit zur Einnahme von Trinkgeldern dienen. Auch die Rückgabe eines Teiles der Gelder würde die rechtliche Natur des Dienstvertrages nicht lindern (vergl. Seufferts Archiv a. a. O.; vergl. unten gem. Vertrag S. 51 ff.). Es ist also in Zweifelsfällen genau zu untersuchen, was als Gegenstand des Vertrages anzusehen ist.

§ 4.

Vom Werkvertrag.

Eine Unterscheidung zwischen Pacht- und Werkvertrag wird unschwer aus dem Vertragszweck und Gegenstand herbeizuführen sein.

Zweck des Werkvertrages ist die Herstellung eines bestimmten Werkes, Gegenstand dieses Vertrages ein durch Arbeit herzustellender Erfolg.

Es ist hier nicht etwa der Erfolg und somit das Werk als Frucht der menschlichen Arbeitskraft anzusehen (vergl. die hier vertretene Auffassung über Arbeitskraft in § 3).

(Anders ist es allerdings, wenn sich jemand verpflichtet, alle von ihm gemachten Erfindungen einem anderen zur Ausbeute zu überlassen. In solchem Falle ist Pacht gegeben, Objekt ist hier die Erfindung oder das Recht zur Ausbeute und Frucht die Ausbeute).

Wenn also der durch Arbeit herzustellende Erfolg Objekt des Vertrages ist, so kann von Fruchtziehung keine Rede sein.

Liegt nun ein gewöhnlicher Werkvertrag vor, bei dem der Besteller den Stoff liefert, so besteht gar keine Aehnlichkeit zwischen Pacht- und Werkvertrag, denn die Umarbeitung des Stoffes ist etwas ganz anderes als der bestimmungsgemäße Gebrauch, auch ist das durch die Umarbeitung geschaffene Werk nicht Frucht des Stoffes.

Zum sogenannten Werklieferungsvertrag, bei dem der Unternehmer das Werk aus einem von ihm selbst zu beschaffenden Stoffe herstellt, kann von einer Aehnlichkeit erst recht keine Rede sein, da der hier dem Pächter gleichzusetzende Besteller noch nicht einmal die Gebrauchsmöglichkeit hat.

Abschließend wird man zur Unterscheidung beider Verträge folgendes sagen können:

Soll ein erst herzustellender Erfolg durch den Vertrag herbeigeführt werden, so liegt Werkvertrag vor, wird ein Gegenstand zum Gebrauch und zur Nutzung überlassen, so ist Pacht gegeben.

Uebernimmt demnach der Besitzer eines Schleifwerkes für einen anderen die Veredlung der von diesem zu liefernden Rohgläser, so liegt Werkvertrag vor, ist aber die Ueberlassung des Werkes zum Gebrauch (und Selbstausnutzung des Betriebes) überlassen, so liegt Pacht vor.[1])

§ 5.

Von der Gesellschaft.

Den gesetzlichen Bestimmungen nach müßte eine Unterscheidung zwischen Gesellschaftsvertrag und Pachtvertrag leicht zu treffen sein, denn während der Gesellschaftsvertrag erfordert, daß die Gesellschafter sich gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zweckes zu fördern, insbesondere die verein-

[1]) Recht 08 Nr. 1358.

barten Beiträge zu leisten (§ 705 B. G. B.), geht der Pachtvertrag darauf hinaus, daß der Pächter den Gegenstand selbständig nutzt und einen festgelegten Pachtzins dafür entrichtet.

Eine Schwierigkeit in der Unterscheidung beider Verträge kann wohl nur dann eintreten, wenn eine sogenannte Teilpacht vorliegt. Das Wesen der Teilpacht besteht darin, daß jemand einem anderen einen Gegenstand mit der Maßgabe zur Nutzung überläßt, daß das Entgelt nicht in einer bestimmten Geldsumme oder einer bestimmten Quantität von anderen Sachen, sondern in einer fortlaufend zu entrichtenden Quote vom Ertrage des zu nutzenden Gegenstandes besteht.

Statt eines festen Entgeltes wird hier also eine Gewinnbeteiligung abgemacht.

Im einzelnen Falle kann nun die Unterscheidung zwischen Teilpacht und Gesellschaft Schwierigkeiten bereiten.

Wird ein vollständig eingerichteter Gewerbebetrieb einem Unternehmer in der Weise zur Verfügung gestellt, daß der Ueberlasser keinen Einfluß mehr auf den Geschäftsbetrieb hat, aber am Ertrag teilweise beteiligt ist, so ist Teilpacht anzunehmen, denn es ist deutlich erkennbar, daß der Ueberlasser keinerlei Kontrollrechte haben soll. Der Pächter zieht die Nutzungen allein und führt lediglich einen bestimmten Teil als Pachtzins an den Verpächter ab. Ist nun aber bezüglich der Kontrolle oder Mitwirkung aus dem Vertrage nichts zu ersehen, so würde man an sich ein solches Recht zugestehen müssen, denn es besteht auf Seiten beider Vertragsschließender ein Interesse an der Erzielung möglichst hoher Erträge.

Zur Verwirklichung seiner Interessen müßte man daher dem Ueberlassenden das Recht einer Einwirkung auf den Geschäftsbetrieb zugestehen. Danach wäre ein Gesellschaftsverhältnis anzunehmen. Entscheidend für die Auslegung eines solchen Vertrages dürfte in manchen Fällen noch die Frage sein, ob, der ganzen Sachlage nach, der eine Kontrahent den andern auch als Gesellschafter aufnehmen wollte? [1])

Die Beantwortung dieser Frage wird im allgemeinen schwer und dem richterlichen Ermessen anheimzustellen sein. Jedoch wird z. B. in dem Falle, daß der Uebernehmer bedeutend kapitalkräftiger ist, als der Ueberlassende regelmäßig Pacht anzunehmen sein, denn der Uebernehmer wird nicht die Absicht gehabt haben, dem andern Teile ein Mitwirkungs- oder Kontrollrecht an seinem Be-

---

[1]) Vgl. Crome, a. a. O., S. 54.

triebe einzuräumen, zumal, wenn der überlassene Gegenstand nur einen kleineren Teil seines Geschäftsbetriebes darstellt.

(Wird einem Fabrikanten das Recht überlassen, für eine bestimmte Zeit gegen Gewinnbeteiligung mit einer Anzahl Kunden eines andern in Geschäftsverbindung zu treten, so ist nicht anzunehmen, daß der Ueberlasser dieses Rechts jetzt als Gesellschafter in bezug auf die Ausnutzung der Kaufkraft dieser Kunden gelten soll.) In solchen Fällen wäre billigerweise Pacht anzunehmen, damit die Selbständigkeit des Uebernehmers gewahrt bleibt.

Zusammenfassend ist also zur Unterscheidung zwischen Teilpacht und Gesellschaft entscheidend, ob der Uebernehmer einen Teil des allein erzielten Gewinnes abführt (Pacht), oder ob eine Aufnahme als Gesellschafter stattgefunden hat, die beim Fehlen bestimmter Abmachungen im allgemeinen aus dem Interesse des Ueberlassers an der Gewinnerzielung zu folgern ist (Gesellschaft).

§ 6.

Die Pacht im gemischten Vertrage.

A. Pacht und Miete.

In vielen Fällen werden nun als Objekt der Pacht bezw. Miete mehrere Gegenstände in Frage kommen. Wie verhält es sich in diesen Fällen mit der Unterscheidung zwischen Pacht und Miete.

Zunächst scheiden aus dieser Erörterung alle Fälle aus, in denen durch einheitlichen Vertrag mehrere Sachen ganz unabhängig von einander überlassen werden. Vereinbart A mit B, daß er ihm zwei Grundstücke für einen bestimmten Zweck vermiete und zwar das eine als Lagerplatz für Steine, das andere als Ackerland, so liegt betreffs des Lagerplatzes Miete betreffs des Ackerlandes Pacht vor. Der einheitliche Vertrag und auch die einheitliche Bezeichnung als Mietvertrag ändert daran nichts, in ihm sind nur der Einfachheit halber beide Abmachungen aufgenommen, sodaß von einem inneren Zusammenhang nicht die Rede sein kann. Es handelt sich also in Wirklichkeit um zwei Verträge innerhalb dieses Vertrages, einen Miet- und einen Pachtvertrag.

Im Gegensatz hierzu findet man aber des öfteren Verträge, in denen die Vertragsschließenden trotz Mehrheit der Vertragsobjekte ein einheitliches Schuldverhältnis haben schaffen wollen. So z. B. wenn a ein Haus mit dem dazugehörigen Garten oder b eine Obstplantage mit einem Gartenhaus Objekte des Vertrages sind. Diese Sachen stehen — wie leicht erkennbar ist — im Verhältnis von Haupt- und Nebenleistung. Im ersten Falle würde man, da ein

einheitlicher Vertrag gewollt und auch getätigt ist, Miete, im zweiten Falle Pacht als Vertragsart annehmen müssen.[1])

Wie stellt sich nun aber die rechtliche Behandlung bezüglich der beiden Vertragsobjekte dar? Man wird doch nicht schlechthin einfach sagen können, hier finden lediglich Miet- dort Pachtgrundsätze auf beide Objekte Anwendung.[2])

Um die in solcher Behandlungsweise liegenden Unbilligkeiten zu umgehen, hat Enneccerus allgemein für derartige Verträge, die er „typische Verträge mit untergeordneten andersartigen Leistungen" nennt, folgende Regelung vorgeschlagen: „In jedem Kollisionsfalle sollen die Regeln des Grundtypus entscheiden, während bei Fragen, die sich für jedes Objekt allein ergeben und die sich allein behandeln lassen, jeweils die für den an sich vorliegenden Vertragstypus geltenden Gesetzesregeln Anwendung finden sollen.[3])

Diese Regelung erscheint auch mir am zweckmäßigsten, denn der beabsichtigte Einheitsvertrag bleibt gewahrt und trotzdem finden für die Nebenleistung die ihrer eigentlichen Vertragsart entsprechenden Besonderheiten eine, wenn auch beschränkte, so doch in der Praxis stets genügende Berücksichtigung.

Diese Regelung würde sich also dahin auswirken, daß in dem Beispiel zu a im allgemeinen Mietrechtsvorschriften bei Regelungen aber, die allein den Garten betreffen, die entsprechenden Vorschriften der Pacht zur Anwendung gelangen, soweit sie nicht den Mietvorschriften des Gesamtvertrages entgegenstehen. Im Falle zu b würde es umgekehrt sein, nämlich in der Hauptsache müssen Pachtvorschriften, bezüglich des Gartenhauses eventl. die entsprechenden Mietvorschriften Anwendung finden. Stehen demnach bei Miet- oder Pachtverträgen die Vertragsobjekte zueinander im Verhältnis von Haupt- und Nebenleistung, so ist für die Behandlung des Gesamtvertrages der Grundtyp der Hauptleistung maßgebend. Bezüglich der Nebenleistung finden jedoch die Vorschriften über die ihr entsprechende Vertragsart — allerdings in untergeordneter Weise — Anwendung.

Die Beurteilung, wann es sich um Haupt- und Nebenleistung handelt, wird im allgemeinen keine Schwierigkeiten bereiten, sie ist jeweils dem richterlichen Ermessen zu überlassen. Nun kann es aber

---

[1]) So Oertmann, Vorbemerkung zur Pacht; Planck 581, 2a; Warneyer 535 II; Mittelstein S. 31; Staudinger 581, 3b.

[2]) R. G. Z. Bd. 70, S. 70.

[3]) So auch Planck, S. 643 und 894, sinngemäß auch Oertmann Vorbemerkung I zu 535, 2; Warneyer 535 II; Bruckner S. 9; Mittelstein 31; Dernburg 1901, S. 215 Nr. 11; Endemann II, § 163, 5; Schwerdtfeger S. 39.

auch vorkommen, daß sich die mehreren Vertragsobjekte als mehrere Hauptleistungen darstellen, also eine Anwendung des obigen Grundsatzes ohne weiteres nicht möglich ist.

Als Ausgangspunkt für die nun folgende Betrachtung nehme ich eine Entscheidung des R. G. abgedruckt in J. W. 1927 S. 582. Hier wird ausgeführt, daß es im Falle einer Mitüberlassung von Wohnräumen für die Frage, ob Pacht oder Miete vorliegt, auf das essentiale negotio ankommt. Geht der Parteiwille in der Hauptsache auf Ausnutzung des Grundstückes als Erwerbsquelle, so liegt Pacht vor, wollen die Parteien aber das Hauptgewicht auf die Gebrauchsüberlassung der Wohnräume legen, so ist der an sich gemischte Vertrag als Miete zu erachten.

In diesem Falle haben wir an sich schon mehrere Hauptleistungen als Vertragsobjekte (s. unten), aber der vom R. G. eingeschlagene Weg erscheint mir hier annehmbar, da die Willensrichtung der Parteien den Ausschlag geben muß. Als Ergänzung in bezug auf einzelne rechtliche Fragen über die Behandlung der beiden Objekte, würde ich hier noch die oben angeführte Regelung von Haupt- und Nebenleistung vorschlagen, die ja dem Sinne des Parteiwillens ebenfalls entsprechen würde.

Wie ist aber der Fall zu beurteilen, wenn die Parteien sich nicht über die Wesentlichkeit der Objekte einig sind.

Dem Ueberlassenden soll überwiegend daran gelegen sein, einen Abnehmer der Gewerberäume zu finden, der Uebernehmende soll hauptsächlich Wert darauf legen, eine schöne Wohnung zu bekommen; die Geschäftsräume sind für ihn weniger wesentlich. Beide geben bezw. nehmen nur der Zusammengehörigkeit wegen die andern Räume mit ab, sind sich auch über die jeweilige Willensrichtung klar, wollen aber bei einem Vertrage beharren. Noch besser ist ein Beispiel, nach dem bei obiger Willensrichtung der Parteien (ohne Dissens) jemand für 1000,— Mark den Gebrauch eines Hauses und die Nutznießung eines dazugehörigen Gartens übernommen hat.

In solchen Fällen zwei verschiedene Verträge zu konstruieren — Pacht und Miete — wäre m. E. nicht angebracht, weil beide Objekte wirtschaftlich zusammenhängen und es daher nicht im Interesse beider Parteien liegt, zwei selbständige Verträge zu bilden, von denen jeder für sich aufgelöst werden könnte und somit den wirtschaftlichen Zusammenhang illusorisch machen würde.[4])

Der Ueberlasser würde also gern einen Pachtvertrag, der Uebernehmer einen Mietvertrag als gegeben ansehen.

---

[4]) Vgl. auch Oertmann, Vorbemerkung I zu 535, 2.

Zunächst ist festzustellen, daß der vorliegende Vertrag unzweifelhaft die Tatbestände zweier im Gesetz gegebener Vertragstypen — Pacht und Miete — in sich vereinigt. Es liegt also ein gemischter Vertrag vor und zwar nach Enneccerus ein Kombinations- oder Zwillingsvertrag. Vergl. Enneccerus 1927 S. 310 ff., wo genauere Ausführungen über gemischte Verträge und eine Auseinandersetzung mit der teilweise andern Ansicht Hoenigers über diese Verträge zu finden ist.

Von der Eigenschaft eines solchen Vertrages als „gemischter Vertrag" abzuweichen, erscheint mir zweifelhaft. Schwerdtfeger Seite 41 will unter Berufung auf Oertmann einen solchen Vertrag, bei dem auf der einen Seite mehrere Hauptleistungen geschuldet werden, als contractus sui generis annehmen. Dem dürfte m. E. zu entgegnen sein, daß sich Verträge sui generis als Verträge ganz besonderer Art darstellen, die sich auch teilweise unter keine der im besonderen Teil der Schuldverhältnisse angeführten Vertragstypen einreihen lassen.

Staudinger charakterisiert den Unterschied zwischen einem Vertrag eigener Art und gemischten Vertrag derart, daß der c. s. g. in seiner Einheit und besonderen Gestalt als neues „vollberechtigtes Wesen" erscheint, während ein gemischter Vertrag das Bild einer Zusammensetzung aus Tatbestandsmerkmalen verschiedener gesetzlich geregelter Typen bietet.[5])

Da in unserem Falle unzweifelthaft die Tatbestandsmerkmale verschiedener gesetzlich geregelter Vertragstypen — nämlich der Miete und Pacht — vorhanden sind, möchte ich von der Ansicht, daß ein gemischter Vertrag vorliegt, nicht abweichen.

Für die Behandlung gemischter Verträge sind nun mehrere Theorien aufgestellt worden, die kurz erörtert werden sollen. Es ist hier zunächst die zuletzt von Lotmar[6]) verteidigte Absorptionstheorie zu erwähnen. Nach ihr soll der gemischte Vertrag eindeutig unter den anscheinend überragenden Vertragstypus subsumiert werden und es sollen nur dessen Regeln zur Anwendung gebracht werden.

Diese Theorie erscheint mir wenig zweckmäßig, da sie durch ihren Zwang zur Subsumierung zu große Härten enthält und auch gegen das Prinzip der Vertragsfreiheit verstößt, da sie eventuelle Vertragsabreden der Parteien hinfällig machen würde. Bei zwei Hauptleistungen würde ich sie auf keinen Fall zur Geltung kommen lassen, insbesondere nicht, wenn sich die Parteien über die eventl.

---

[5]) Staudinger, Vorbemerkung zum Schuldverhältnis aus Verträgen II, 2.

[6]) Lotmar, Arbeitsvertrag I, S. 177 ff.

überwiegende Leistung nicht im Klaren sind. Sonst auch nur mit der Einschränkung, daß die als Nebenleistung bezeichnete — soweit es sie allein angeht — in ihrem Vertragstypus Berücksichtigung findet. Unter Bekämpfung dieser Theorie und der nachfolgend zu erörternden Kombinationstheorie hat Schreiber[7]) die Theorie der „analogen Rechtsanwendung" aufgestellt.

Schreiber will danach von der fälligen Vertragsfreiheit auf gemischte Verträge nur den allgemeinen Teil des Schuldrechts anwenden, während er die analoge Anwendung des speziellen Teils in das freie Ermessen des Richters stellt. Diese Ansicht geht m. E. zu weit. Eine derartige Vertragsfreiheit gibt es nicht im Gesetze, denn wozu dienten sonst die zwingenden Vorschriften. Außerdem sind die Vertragsarten des Gesetzes keine derartig untrennbaren Organisationen, da sonst dispositive Vorschriften unmöglich wären. Im übrigen würde die Anwendung dieser Theorie eine zu große Rechtsunsicherheit schaffen.

Zur Anwendung bringen würde ich nun die von Höniger[8]) im Anschluß an Rümelin[9]) aufgestellte Kombinationstheorie. Bei dieser Theorie wird von dem Gedanken ausgegangen, daß der Kombination des Tatbestandes eine Kombination der Rechtsfolgen in der Weise entsprechen müsse, daß jedes Tatbestandsmerkmal eine Rechtsfolge hat. Wenn sich die Rechtsfolgen widersprechen, so sind die Gründe aufzusuchen, auf denen die jeweilige Regelung beruht. Diese Gründe sind dann in ihrer Anwendbarkeit auf den konkreten Vertrag gegeneinander abzuwägen.

Wir wollen nun im folgenden an Hand des zuletzt genannten Beispieles, in dem zwei Hauptleistungen das Vertragsobjekt bilden, betrachten, auf welche Weise eine Regelung bei gemischten Verträgen, in denen Miete und Pacht nebeneinander enthalten sind, nach der Kombinationstheorie möglich ist.

Zunächst können die sich nicht widersprechenden Rechtsregeln über Miete und Pacht allgemein auf den Vertrag angewendet werden, weiterhin können die einzelnen Vorschriften über Miete und Pacht für den einzelnen Vertragsgegenstand in Anwendung gebracht werden, die nicht den Vertrag als Ganzes berühren. So kann z. B. die Ausbesserungspflicht des § 582 B. G. B. bezüglich des Gartens, die des § 536 B. G. B. bezüglich des Hauses nebeneinander in Anwendung gebracht werden, ohne den Vertrag als Ganzes zu berühren.

---

7) A. a. O., S. 104 ff.
8) A. a. O., S. 112 ff.
9) A. a. O., S. 320 ff.

Schwieriger ist die Entscheidung bei sich widersprechenden Rechtsregeln, die den Vertrag in seiner Einheit betreffen. In diesen Fällen sollen nach unserer Theorie die Gründe der sich entgegenstehenden Gesetzesvorschriften aufgesucht und gegeneinander abgewägt werden. Zu welchem Ergebnis würde das nun in den einzelnen Fällen führen.

Im § 567 B. G. B. ist jeder Partei eines Mietvertrages, der für eine längere Zeit als 30 Jahre geschlossen ist, das Recht zur Kündigung innerhalb der gesetzlichen Frist gegeben. Diese Regelung gilt auch für die Pacht, da sie in den §§ 582— 597 B. G. B. nicht ausgeschlossen ist. Die gesetzliche Kündigungsfrist bei der Miete beträgt für Grundstücke nun grundsätzlich ein Kalender-Vierteljahr, bei der Pacht aber ein ganzes Jahr.

Welche Vorschrift soll nun zur Anwendung kommen. In den Motiven heißt es, daß die Kündigungsfrist der Miete im wesentlichen mit Rücksicht auf die Verkehrssitte festgesetzt worden ist; das Gebrauchtsrecht bleibe sich hier während der Mietzeit im wesentlichen gleich (vgl. Motive S. 411). Bei der Pacht sei dagegen der Fruchtgenuß meistens nur während einer längeren oder kürzeren Zeit im Jahre möglich, auch werde das Ende der Pacht — zumindest bei landwirtschaftlichen Grundstücken — in der Regel zur Abwendung von Nachteilen zu Vorbereitungen Anlaß geben, welche erhebliche Zeit erfordern (Motive S. 427). Wägt man danach die beiderseitigen Interessen ab, so muß man dem Pächter Interessen weit wichtigerer Natur als dem Mieter zugestehen.

Infolgedessen würde man in solchem Falle zweckmäßig für den ganzen Vertrag die gesetzliche Kündigungsfrist der Pacht in Anwendung bringen.

Eine gleiche Kollision betr. der Kündigungsfristen würde in den Fällen der §§ 549, 569 und 570 B. G. B., deren Anwendung für die Pacht durch § 596 B. G. B. ausgeschlossen ist, eintreten.

Die Vorschrift des § 549 B. G. B. bestimmt, daß der Mieter das Mietverhältnis kündigen kann, wenn der Vermieter ihm ohne triftigen Grund, der in der Person eines Dritten liegen muß, die Gebrauchsüberlassung an diesen verweigert.

Diese Vorschrift ist aus folgenden Gründen erlassen:

An sich soll die Gebrauchsüberlassung an einen andern gestattet sein, weil sie den allgemeinen Grundsätzen entspricht und auch mit den Grundsätzen über Uebertragung der Forderung im Einklang steht (Motive S. 396). Weil aber häufig der Vermieter ein Interesse daran hat, daß keine Gebrauchsüberlassung stattfindet, da in dieser Hinsicht die Person des Gebrauchenden für ihn maßgeblich ist, wird seine Zustimmung für erforderlich gehalten.

Das Kündigungsrecht ist dem Mieter auch nur dann gegeben, wenn das Verbot des Vermieters Schikane ist (Protokolle S. 1961). Bei der Pacht ist dagegen die Persönlichkeit des Pächters durch ihre besonderen Eigenschaften und Fähigkeiten für eine vorteilhafte Bewirtschaftung des Pachtgegenstandes von weitaus größerer Bedeutung, sodaß prinzipiell eine Unterpacht nicht gestattet sein soll (Protokoll S. 2064).

Diesem Grunde nach würde also das größere Interesse beim Verpächter liegen und somit Pachtgrundsätze zur Anwendung kommen. Bedenkt man nun aber, daß ein grundloses Verbot des Ueberlassers als Schikane und somit als Verschulden anzusehen ist, so wird man doch mehr die Grundsätze von Treu und Glauben zur Anwendung bringen müssen. M. E. wäre deshalb in einem solchen Falle dem Uebernehmer anheimzustellen, ob er die kürzere Kündigungsfrist der Miete oder die längere der Pacht in Anwendung bringen will. Dem Interesse des Ueberlassers zuzustimmen, wäre wegen seines schuldhaften Verhaltens kein Grund gegeben.

Zweifelhaft ist ferner die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen des § 569 B. G. B. — im Falle des Todes des Mieters — und des § 570 B. G. B. bei der Versetzung des Mieters.

Die Bestimmung des § 569 B. G. B. geht dahin, daß im Falle des Todes des Mieters sowohl die Erben als auch der Vermieter innerhalb der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen können.

Nach den Motiven S. 416 ist der Grund dieser Regelung darin zu finden, daß der Tod des Mieters im allgemeinen solch' eingreifende Veränderungen in den Verhältnissen hervorruft, daß die in § 569 gewährte Kündigungsbefugnis meist den Absichten der Parteien entspricht, welche bei Eingehung des Vertrages maßgebend gewesen sind. Auch ist hierbei zu beachten, daß für den Vermieter die Person des Mieters von wesentlicher Bedeutung ist, sodaß ihm nicht ohne weiteres zugemutet werden kann, das Mietverhältnis mit den ihm oft unbekannten Erben fortzusetzen (Protokoll S. 2632).

Dagegen sind in Anbetracht der an sich mit im Vertrage eingeschlossenen Pacht die erheblichen Vermögensinteressen, welche auf dem Spiele stehen, von besonderer Wichtigkeit. Nach der Natur des Pachtvertrages können oft für den, welchem gekündigt wird, große Verluste entstehen (Motive S. 428). Infolgedessen besteht auch für die Erben möglicherweise ein bedeutender wirtschaftlicher Verlust, da der Pächter nicht selten darauf angewiesen ist, aus den Erträgnissen der späteren Pachtzeit Ersatz für frühere Verwendungen zu finden (Protokoll S. 2091).

Die hier zur Abwägung stehenden Interessen zeigen sich demnach in Ansehung der Pachtsache als die wichtigeren. Es ist mehr das

Vermögensinteresse der Erben des Pächters, als der Gebrauch der Mietsache, was hier auf dem Spiele steht.

Es erscheint mir daher zweckmäßig, in diesem Falle das gesetzliche Kündigungsrecht der Pacht gemäß § 595 B. G. B. zur Anwendung zu bringen.

Zu Gunsten der Mietvorschrift würde ich mich aber im Falle der Versetzung des Uebernehmers entscheiden. Hier wird der Uebernehmer kraft einer gewissen staatlichen Autorität gezwungen, das ganze Objekt des Vertrages in Stich zu lassen. Ein überwiegendes Interesse an der Pachtsache wird kaum angenommen werden können, da der Uebernehmer die Bewirtschaftung doch nicht mehr fortsetzen kann. Damit wäre auch dem Ueberlasser nicht gedient, er wird vielmehr gern die Bewirtschaftung einem andern übertragen.

In solchem Falle wäre also die Anwendung der Mietvorschrift über Kündigung angebracht. Damit erledigen sich die Erörterungen über die analoge Anwendung der Miet- bezw. Pachtvorschriften bei gemischten Verträgen, die zwei Hauptsachen zum Gegenstande haben, da andere sich entgegenstehende Vorschriften, welche sich auf den Vertrag als Ganzes beziehen, nicht vorhanden sind.

B. Pacht- und Dienstvertrag.

Es kann nun auch vorkommen, daß in einem Vertrage die Bestandteile der Vertragstypen Pacht- und Dienstvertrag enthalten sind, wie ist in diesen Fällen rechtlich zu verfahren?

Es ist hier — genau wie im Kapitel III § 6 A schon bezüglich Miete und Pacht erläutert — zunächst zu untersuchen, in welchem Verhältnis die Vertragsgegenstände zueinander stehen. Laufen beide Verträge selbständig nebeneinander her, so liegt ein einheitlicher Vertrag überhaupt nicht vor, stehen die Vertragsgegenstände im Verhältnis von Haupt- und Nebenleistung, so finden die Vorschriften über den Vertrag, der die Hauptleistung zum Gegenstand hat, in übergeordneter Weise Anwendung, während bei zwei Hauptgegenständen im einheitlich gewollten Vertrage wiederum ein gemischter Vertrag anzunehmen wäre. Wie der Vertrag im einzelnen Falle aufzufassen ist, wird sich jeweils aus seiner Beschaffenheit und dem Willen der Parteien ergeben.

Wird eine Bauernkate an jemand verpachtet mit der Verpflichtung, daß der Pächter auch die Kühe des Verpächters zu füttern habe, so wird man diese Dienste als Nebenverpflichtung auffassen können, verpflichtet sich aber der Uebernehmer, drei Tage in der Woche für den Verpächter zu arbeiten, so werden sich Pacht- und Dienstvertrag eventl. die Wage halten. Auch aus dem oben ge-

nannten Toilettenvertrag läßt sich ein gemischter Vertrag konstruieren und zwar auf folgende Weise:

Ein Wirt verschafft einer Toilettenfrau die Gelegenheit, sich aus den vorhandenen Chancen (vergl. S. 21 über Gegenstandsbegriff) der Trinkgelderzahlung eine Einnahmequelle gegen Entgelt (nämlich Abführung eines Teiles der Trinkgelder) zu schaffen.

Hier liegt Pacht vor.

Objekt sind die genannten Chancen. Frucht die tatsächlichen Einnahmen. Andererseits hat aber die Frau die Verpflichtung, die Räume in Ordnung zu halten. Neben dem Pachtvertrag läuft daher ein Dienstvertrag, dessen Entgelt mit in der Trinkgeldeinnahme zu suchen ist. Keine der beiden Rechtstypen soll hierbei als Nebenverpflichtung der andern dienen, sondern die Parteien sind sich über die Erheblichkeit beider Rechtsverhältnisse einig, wollen aber beide in einem Vertrage vereinigen. (Aehnlich der Zäpflervertrag).

Wie stellt sich die Behandlung dieser gemischten Verträge nun dar?

Wie schon im § 6 A ausgeführt, sind solche Verträge, soweit sie nicht eindeutig als Pacht- oder Dienstvertrag abgeschlossen sind, nicht schlechthin als Dienst- oder Pachtvertrag anzusehen. Auf diese Verträge sind vielmehr die Vorschriften über Pacht- und Dienstvertrag kombiniert anzuwenden, da sie als gemischte Verträge anzusprechen sind.

Viele Vorschriften über Pacht- und Dienstvertrag können nun nebeneinander Anwendung finden, ohne daß die Einheit des Vertrages davon berührt wird, jedoch bestehen bei beiden Vertragstypen auch Vorschriften, die nicht einheitlich auf dem gemischten Vertrag anwendbar sind.

So ist gemäß §§ 581 Abs. 2 und 567 letzter Satz B. G. B. ein auf Lebenszeit des Pächters und Verpächters geschlossener Pachtvertrag unkündbar, während nach § 624 B. G. B. ein Dienstvertrag nach Ablauf von fünf Jahren auf jeden Fall gekündigt werden kann. Ferner kann ein Pachtverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist vom Pächter nur im Falle der §§ 581 Abs. 2, 544 B. G. B. — bei Gefährdung der Gesundheit — vom Verpächter nur in den Fällen der §§ 581 Abs. 2, 553, 554 B. G. B. — bei vertragswidrigem Gebrauch nach Abmachung und bei Nichtentrichtung des Pachtzinses — gekündigt werden, während ein Dienstverhältnis von jedem Teil ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 626 B. G. B.). Der Verkauf des Pachtobjektes beendet gemäß §§ 581, 571 das Pachtverhältnis nicht, dagegen ist der Anspruch auf Dienste nach § 613 B. G. B. im Zweifel nicht übertragbar.

Sind nun die weitergehenden Kündigungsgründe des Dienstvertrages geeignet, den ganzen Vertrag aufzulösen oder wie sind diese Fälle, in denen sich die Vorschriften über Pacht- und Dienstverträge entgegenstehen, zu behandeln?

Zu dieser Frage ist eine Entscheidung unschwer aus den Motiven über verschiedenartige Kündigungsfristen herbeizuführen. Während die Vorschriften über Auflösung des Dienstvertrages auf Ueberlegungen zurückzuführen sind, welche mit der Geltung des Menschen als Persönlichkeit zusammenhängen und auch die Vorschriften über den Dienstvertrag im allgemeinen die Ausnutzung der Arbeitskraft betreffen, dagegen die Regelung der Pacht sich nur auf Sachgüter bezieht, wird man den Kündigungsgründen des Dienstvertrages den Vorzug geben müssen. Ueberall dort, wo die Bestimmungen über beide Vertragstypen in Anwendung auf den einheitlichen Vertrag kollidieren, wird man demnach den Vorschriften über den Dienstvertrag den Vorzug geben müssen, da diese sich auf ein erheblich höher stehendes Rechtsgut als bei der Pacht beziehen.

§ 7.

Pacht von Handelsgeschäften und andern Unternehmen.

A. Handelsgeschäft.

Wie schon auf S. 21 ff. erwähnt, läßt das heutige Recht keinen Zweifel, daß ein Handelsgeschäft oder ein sonstiges Unternehmen das Objekt eines Pachtvertrages bilden kann.

Für die Möglichkeit der Pacht eines Handelsgeschäftes ist der § 22 Abs. 2 H. G. B., der die Uebernahme eines solchen Geschäftes auf Grund eines Pachtvertrages ausdrücklich erwähnt, ausschlaggebend.

Die Begriffsdefinition des Handelsgeschäftes hat in der Wissenschaft zu mannigfaltigen Streitigkeiten Anlaß gegeben. Um nicht über den Rahmen dieser Arbeit hinauszugehen, will ich mich darauf beschränken, die heute vorherrschende Begriffsbestimmung, der man sich m. E. ohne Bedenken anschließen kann, kurz anzuführen.

Danach ist das Handelsgeschäft nicht etwa als eine Art selbständigen Rechtssubjektes, sondern als objektive Einheit, als „Inbegriff alles dessen, was zum Betriebe des betriebenen Handelsgeschäftes gehört", aufzufassen.[1])

---

[1]) So Staub S. 151; ähnlich Gierke in Holzendorffs Enzyklopädie 1913, III, 21 Pisko S. 6; Cosack S. 50; Koenige §§ 22, 1.

Als „in weitestem Umfange dazugehörend" führt Staub verschiedenes an, z. B. die zugehörigen beweglichen und unbeweglichen Gegenstände, Rechte, sonstige Verkehrsgegenstände, wie Fabrikationsgeheimnisse, Kenntnis von Bezug -und Absatzquellen sowie die Beziehungen zu den Kunden, insbesondere auch noch die sogenannten Chancen des Geschäfts, d. h. die auf den bisherigen Betrieb, auf die durch ihn geschaffenen Beziehungen sich stützenden Aussichten für den weiteren Geschäftsbetrieb[2]); andererseits aber auch die Verbindlichkeiten des Geschäfts.

Mit dieser Definition ist schon gesagt, daß man die Pacht eines Handelsgeschäftes nicht als „Rechtspacht" aber auch nicht als „Sachpacht" ansehen kann, da es sich aus einem Inbegriff von Sachen, Rechten und tatsächlichen Beziehungen zusammensetzt.

Zutreffend bezeichnet Wolff (S. 121) ein solches Unternehmen als „Rechtsgut". Gemeint ist damit der Inbegriff von Sachen, Rechten, tatsächlichen Beziehungen und Tätigkeiten, zusammengefaßt durch die Organisationsidee des Unternehmers.[3])

(Zu dem Erfordernis, daß dieses Rechtsgut im Sinne des § 581 als verpachtungsfähiger Gegenstand aufgefaßt werden muß, vergl. die Darstellung auf S. 21 ff.).

Außer den im B. G. B. gegebenen materiellen Wirkungen der Pacht sind für die Pacht eines Handelsgeschäftes noch besondere Regelungen in den §§ 25, 26 H. G. B. getroffen worden. Es handelt sich hier um zwei wichtige rechtliche Folgen, über die in der Wissenschaft nicht ganz Einigkeit besteht. Beide §§ sprechen von dem „Erwerber" eines Handelsgeschäftes und regeln die Haftung des Erwerbers für alle im Geschäftsbetriebe begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers, den Uebergang der im Betriebe begründeten Forderungen auf den Erwerber den Schuldnern gegenüber (§ 25 H. G. B.) und die Verjährung der Ansprüche der Gläubiger gegen den früheren Inhaber (§ 26 H. G. B.).

Da in den genannten §§ vom Erwerber die Rede ist, erhebt sich die Frage, ob die in ihnen enthaltenen Bestimmungen analog auch auf den Pächter Anwendung zu finden haben.

Die Gegner einer solchen Anwendung berufen sich darauf, daß im § 22 Abs. 1 H. G. B. zunächst die Regelung der Fortführung einer Firma durch den Erwerber getroffen sei, dagegen in Abs. 2 die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auch auf den Pächter eines Handelsgeschäftes ausgedehnt sei. Der Gesetzgeber habe daher in

---

[2]) Vgl. R. G. 55, S. 125; R. G. 70, S. 22/23.

[3]) Vgl. auch Aschenberg S. 56.

diesem § ausdrücklich dem Erwerber eines Handelsgeschäftes dem Pächter gegenüber gestellt.

Hätte nun der Gesetzgeber die Absicht gehabt, auch die in den §§ 25, 26 H. G. B. enthaltenen Bestimmungen für die Uebernahme des Geschäfts durch einen Pächter in Anwendung zu bringen, so hätte er dies gleichfalls durch einen dem § 22 Absatz 2 H. G. B. entsprechenden Zusatz regeln können. Die Absicht des Gesetzes ginge daher dahin, daß die §§ 25, 26 H. G. B. auf den Pächter keine Anwendung finden sollten, zumal auch die Begriffe „Erwerb" und „Pacht" einer Gleichstellung widersprächen.[4])

Für die Anwendung der §§ 25, 26 H. G. B. auf den Pächter eines Handelsgeschäftes sprechen nun die Gründe, die zur Schaffung der §§ geführt haben. Der Gesetzgeber hat durch die Aufstellung der beiden §§ eine Schädigung dritter Personen bei der Uebernahme eines Geschäftes verhindern wollen. Aus Gründen der Verkehrssicherheit ist daher im § 25 H. G. B. bestimmt worden, daß unter gewissen Voraussetzungen ein Haftung des Erwerbes für die früheren Verbindlichkeiten des Veräußerers eintritt.[5])

Weil nun aber bei der Pacht eines Handelsgeschäftes gemäß § 22 H. G. B. nach außen hin die Sachlage genau so ist wie beim Erwerbe des Geschäftes und aus diesem Grunde die Schädigungsmöglichkeit dritter Personen genau so droht, so muß angenommen werden, daß die Vorschrift des § 25 H. G. B. zur Abwendung einer etwaigen Schädigung für den Fall der Verpachtung analoge Anwendung finden sollte. Wenn aber der § 25 H. G. B. für die Pacht eines Handelsgeschäftes Anwendung findet, so muß sich diese Anwendung auch auf § 26 H. G. B. erstrecken, denn dieser § ist mit den vorhergehenden eng verbunden, weil er die Verjährung der aus § 25 H. G. B. herzuleitenden Haftung regelt.

Für eine Anwendung der §§ 25, 26 H. G. B. auf die Uebernahme eines Handelsgeschäfts durch Pacht tritt mit Recht auch die herrschende Meinung in der Literatur ein.[6])

Eine aus dem vorstehenden sich ergebende weitere Frage ist nun die, ob bei Rückgewähr des Geschäfts von seiten des Pächters an den Eigentümer nach Beendigung der Pacht die §§ 25, 26 H.G.B. analoge Anwendung finden. Auch diese Frage ist bestritten, mit der herrschenden Ansicht jedoch zu verneinen. Düringer-Hachenburg (§ 25 Anm. 37) führt dazu bezüglich des Nießbrauches, also in diesem Falle auch für die Pacht aus, daß der Eigentümer das

---

[4]) Cohn in Gruchot Bd. 42, S. 52.
[5]) Denkschrift zu H. G. B., S. 36.
[6]) So Staub 1926 § 22 Anm. 16; R. G. in D. J. Z. 1906, S. 86; Hoeninger S. 8; Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 37 a. a. O. und 42.

Geschäft nicht erwirbt. Das ihm gehörige Geschäft wird lediglich frei vom Nutzungsrecht eines Dritten. Weiterhin gehe das Gesetz zu § 25, 26 H. G. B. davon aus, daß der Erwerber durch Fortführung der Firma die Absicht zu erkennen gebe, in die gesamten Geschäftsbeziehungen — also auch Forderungen und Schulden des bisherigen Inhabers — einzutreten. Wenn er das nicht vor habe, so könne er eine andere Firma wählen oder eine abweichende Vereinbarung handelsüblich bekanntmachen.

Die oben genannte Absicht könne in der Weiterführung des Geschäfts unter der alten Firma durch den Eigentümer nicht erblickt werden, weil hier die Fortführung durch den Eigentümer — nach der zeitweisen Unterbrechung seiner Inhaberschaft — eine viel zu selbstverständliche Erscheinung sei, als daß daraus Folgerungen gezogen werden könnten.

Beim Rückfall durch eine entsprechende Vereinbarung die Haftung auszuschließen, sei er gar nicht in der Lage, man könne ihm daher nicht zumuten, einem dem § 25 H. G. B. widersprechenden Willen durch Aufgabe seiner alten Firma zu dokumentieren oder gar in dem die Pacht begründenden Geschäft besonders festzulegen. Aus diesem Grunde sei die Anwendung der §§ 25, 26 H. G. B. beim Rückfall des Handelsgeschäftes an den Verpächter ausgeschlossen; Gläubiger der Geschäftsforderungen bleibe nach wie vor der Pächter, dagegen könnten sich die Gläubiger nur an ihn halten.

Diese Ansicht erscheint mir einleuchtend, ihr schließen sich auch Staub 1912, § 22 Anm. 18, Goldmann S. 97 an.

Die bisherigen Ausführungen betreffen nun lediglich wesentliche Folgen der Verpachtung eines Handelsgeschäftes im Außenverhältnis. Wie stellen sich nun diese Folgen im Verhältnis von Verpächter und Pächter dar? Zweifelhaft kann auch hier zunächst die Rechtslage bezüglich der Geschäftsforderungen sein.

Düringer-Hachenburg vertritt dieserhalb die Ansicht, daß eine Abtretung der bisherigen Geschäftsforderungen im Pachtvertrag ohne weiteres nicht enthalten sei (§ 25 Anm. 42 H. G. B.).

Dagegen nimmt Staub (1926 § 22 Anm. 16) an, daß die vorhandenen Forderungen im Zweifel — also bei keinerlei positiver Abmachung — auf den Pächter übergehen. Dieser Meinung schließt sich auch Hoeniger S. 8 an.

Wegen der Geschäftsschulden gibt Staub ebenfalls eine besondere Regelung, indem er sagt, daß der Pächter im Verhältnis zum Verpächter nicht verpflichtet ist, die zur Zeit der Uebernahme vorhandenen Gläubiger zu befriedigen, ihm vielmehr nur die Verpflichtung obliegt, Zinsen und sonstige wiederkehrende Leistungen aus früheren Geschäftsschulden abzuführen.

Gestützt wird diese Ansicht auf entsprechende Anwendung des § 1088 B. G. B., wonach die Gläubiger eines Nießbrauchbestellers, deren Forderungen schon zur Zeit der Bestellung verzinslich waren, die Zinsen (auch andere wiederkehrende Leistungen) für die Dauer des Nießbrauches auch vom Nießbraucher verlangen können.

Uebrigens widerspricht sich Staub insofern, als er zunächst annimmt, daß die Schulden im Zweifel übergehen und dann sagt, indessen sei mit Lehmann Ring § 25 Nr. 5 die genannte Einschränkung zu machen (Staub 1926 § 22 Anm. 16).

M. E. kann diese Regelung nicht ganz befriedigen. Ich gehe dabei von der Betrachtung aus, daß Objekt des Vertrages das vollständige Handelsgeschäft ist, wozu nach herrschender Ansicht auch Aktiva und Passiva gehören. Wird nun hinsichtlich der Forderungen und Schulden keinerlei Abmachung zwischen den Vertragsschließenden getroffen, so ist m. E. anzunehmen, daß sowohl Forderungen wie auch Schulden auf den Pächter übergehen. Ist lediglich betr. der Forderungen oder andererseits betr. der Schulden abgemacht, daß sie übergehen sollen, so ist ebenfalls anzunehmen, daß auch umgekehrt die Schulden bezw. die Forderungen mitübergehen, denn das ergibt schon die Betrachtung der Sachlage aus allgemeinen wirtschaftlichen Gesichtspunkten. (Wer den guten Tropfen genießt, soll auch den bösen genießen.[7])

B. Unternehmen.

Aus der in Kap. 3 § 1 C. gegebenen Erörterung über Pacht an Gebäudegrundstücken geht schon hervor, daß es unter Umständen zweifelhaft sein kann, ob Pacht des Grundstückes oder des darin betriebenen oder zu betreibenden Gewerbebetriebes vorliegt. Die in dieser Hinsicht zu ziehende Grenze soll im folgenden erörtert werden:

Darüber, daß ein Gewerbebetrieb Gegenstand der Pacht sein kann, möchte ich weitere Ausführungen ersparen, da hierüber wohl kein Zweifel mehr bestehen kann (vergl. S. 21 f.). Wenn nun zu einem verpachteten Gewerbebetriebe Räume mitüberlassen sind, so ist zu untersuchen, was Objekt des Pachtvertrages ist. Eindeutig dürfte die Sachlage sein, wenn Räume überlassen sind, die wohl zum Betriebe eines bestimmten Gewerbes geeignet sind, in denen aber bisher dieses Gewerbe noch nicht ausgeübt worden ist. Hier liegt Pacht der Räume bezw. des Grundstücks vor, denn von der Verpachtung des erst aufzunehmenden Betriebes wird nicht die

---

[7]) Aehnlich entscheidet sich auch Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 34 bezüglich des Nießbrauches an einem Handelsgeschäft.

Rede sein können, da ein solcher noch gar nicht existiert. Andererseits dürfte auch der Fall klar liegen, in dem ein gewerbliches Unternehmen mit Grundstück überlassen ist, wobei jedoch das Grundstück nur als der örtliche Mittelpunkt des Gewerbes dient. Hier liegt ein Pachtvertrag vor, bei dem das Grundstück als Nebensache zu behandeln ist, oder eventl. auch ein gemischter Vertrag (Pacht des Gewerbes, Miete des Grundstückes), vgl. § 6 A, Kap. 3.

Flüssig wird jedoch die Grenze zwischen Unternehmenspacht und Grundstückspacht, wenn mit dem verpachteten eingerichteten Grundstück ein daran haftendes Unternehmen bezw. mit dem verpachteten Unternehmen ein eingerichtetes Grundstück, auf dem es betrieben wird, verbunden ist und aus den vertraglichen Abmachungen über das Pachtobjekt nichts zu entnehmen ist.

Das R. G. entscheidet die Frage, ob in diesen Fällen Sachpacht oder Unternehmenspacht vorliegt, danach, ob Grundstück oder Unternehmen den Hauptgegenstand des Vertrages bildet.[8])

Das Reichsgericht führt aus, daß ein Vertrag, durch den eine Stadtgemeinde die ihr gehörigen gesamten Anlagen eines Elektrizitätswerkes und einer Straßenbahn nebst den zugehörigen Grundstücken verpachtet hat, als ein Pachtvertrag über unbewegliche Sachen, nicht etwa des gewerblichen Unternehmens anzunehmen sei.[9]) Ebenso entscheidet das R. G. in J. W. 19 in Beziehung auf die Verpachtung eines Fabrikunternehmens. In solchem Falle soll, insbesondere wenn das Fabrikgrundstück selbst die Haupterzeugungsquelle oder doch die Herstellungsstätte ist, als eigentlicher Gegenstand des Vertrages das Grundstück und nicht das Unternehmen gelten.

Diese Ansicht, daß als Vertragsobjekt der Hauptgegenstand des Vertrages anzusehen sei, wird von Aschenberg S. 60 ff. bekämpft. Aschenberg führt a. a. O. aus, daß, wenn ein laufender Gewerbebetrieb in den Räumen mitverpachtet würde, seines Erachtens immer der Fall einer Unternehmenspacht für vorliegend erachtet werden müsse.

Wesentlich ist eine Unterscheidung in dieser Hinsicht für die Frage, ob die Bestimmungen über Liegenschaftspacht oder Fahrnispacht zur Anwendung zu kommen haben.

Ohne genaue Prüfung des Vertrages nun ohne weiteres eine bestimmte Entscheidung zu einer der beiden Ansichten herbeizuführen, ist m. E. nicht angängig. Auszugehen ist meiner Meinung

---

8) R. G. 81, S. 23; Recht 1918 Sp. 37; J. W. 19, S. 455 und viele andere Entscheidungen.

9) Recht 1918 Sp. 37.

nach davon, daß „Gebäudegrundstück" und „Unternehmen" an sich zwei vollständig getrennte Begriffe sind. Jeder für sich kann Gegenstand eines Pachtvertrages sein. So kann z. B. A. von B. den eingerichteten Gewerberaum pachten, während er von C. außerdem den Gewerbebetrieb pachtet. Niemand wird hier auf den Gedanken kommen, eine einheitliche Pacht des Raumes sowie des Betriebes unter dem Begriff des „Unternehmens" anzunehmen. Wenn nun zufällig der Raum und der Gewerbebetrieb von ein und demselben Verpächter abgegeben werden, so ist eigentlich nicht einzusehen, warum nicht auch hier ein zweifaches Pachtobjekt gegeben sein soll.

Praktisch wirkt sich aber ein solcher Fall so aus, daß die Parteien gar nicht daran gedacht haben, zwei gesonderte Verträge über a das Grundstück und b den Betrieb zu schließen; sie beabsichtigen lediglich die Ausnutzung des Grundstücks mit dem Betriebe. Es wäre auch widersinnig, hier allgemein zwei Verträge konstruieren zu wollen, da doch der eine von dem andern ganz abhängig wäre und mit ihm stehen und fallen würde. Das eingerichtete Geschäftsgebäude ist ohne den daran verknüpften Gewerbebetrieb für den Pächter nutzlos, ebenso verhält es sich umgekehrt. Also kommen wir zu dem Schluß, daß die Parteien einen einheitlichen Vertrag gewollt haben.

Es gibt nun Fälle, wo die Bedeutung des Grundstückes gegenüber dem Unternehmen (ebenso umgekehrt) so verschwindet, daß man sich nicht einfach auf den vorgefaßten Standpunkt stellen kann, daß Unternehmenspacht bezw. Grundstückspacht vorliegt. Es muß meiner Meinung nach doch untersucht werden, ob das Grundstück oder das Unternehmen eindeutig die Hauptsache bildet. So ist z. B. bei einem Fabrikunternehmen, besonders wenn es gängige oder lebensnotwendige Produkte herstellt, anzunehmen, daß das Grundstück mit den eingerichteten Gebäuden als Gegenstand des Vertrages zu gelten hat. Der dieser Fabrik angeschlossene kaufmännische Betrieb, der den Absatz und die sonstigen Beziehungen zu den Kunden regelt, kann dem Grundstück gegenüber doch nur als untergeordnet angesehen werden, da nicht aus ihm, sondern aus der eingerichteten Fabrik in der Hauptsache die Nutzungen gezogen werden. Ebenso würde bei Gastwirtschaften, einer Brauerei, einem Tanzlokal und ähnlichem zu entscheiden sein, da hier das Grundstück die Haupterzeugungsquelle ist, demgegenüber die mitwirkende Tätigkeit des Pächters, also das Unternehmen an sich, das durch die Arbeitskraft des Pächters in Betrieb gehalten wird, in den Hintergrund tritt.[10])

---

[10]) Vgl. R. G. 88, S. 96; Warneyer 14 Nr. 78, 116.

Andererseits würde ich bei der Pacht von Garagen mit anhängendem Autofuhrgeschäft nicht Pacht des Grundstückes, sondern des Betriebes annehmen, da hier die Hauptnutzungsquelle wohl in dem Gewerbebetrieb zu sehen wäre.

Bei Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über Pacht würde ich genau so verfahren, wie in § 6 angeführt. Es würde demnach — wenn das Grundstück als Hauptsache anzusehen ist — in erster Linie Liegenschaftsrecht Anwendung finden, in Fällen jedoch, die den Gewerbebetrieb allein treffen — ohne mit dem Vertrag im ganzen zu kollidieren — Fahrnispachtrecht. Wenn dagegen der Gewerbebetrieb die Hauptsache bildet, würden die Normen umgekehrt Anwendung finden.

In dem letztgenannten Falle über Pacht von Autoboxen mit Fuhrgeschäft würde also der Verpächter gemäß §§ 581, 536 für den Fuhrbetrieb die Unterhaltungskosten der körperlichen Bestandteile zu tragen, die Ergänzung der ohne Verschulden des Pächters in Abgang kommenden Stücke vorzunehmen und den Betrieb in gebrauchsfertigem Zustande zu erhalten haben. Er hätte also notwendige Reparaturen an den Automobilen zu erledigen und evtl. Neuanschaffungen zu bewerkstelligen. Für die Erhaltung des Inventars der Garagen müßte dagegen gemäß §§ 586 und 588 der Pächter sorgen.

Soweit sich die einzelnen Vorschriften nicht nebeneinander zur Anwendung bringen lassen, wie bei der Kündigung, würde die Vorschrift über die Hauptsache Platz greifen.

Denkbar ist nun jedoch auch der Fall, daß sich Betrieb und Grundstück als gleichwertig gegenüberstehen. Bei solchen Verträgen würde ich analog den in § 6 über gemischte Verträge dargelegten Rechtsanwendungen verfahren. Es fänden also in erster Linie die jeweils für Fahrnis und Liegenschaft bestimmten Rechtsregeln Anwendung und im Kollisionsfalle wäre den widersprechenden Bestimmungen auf den Grund zu gehen und nach den gesetzgeberischen Motiven und der Zweckmäßigkeit zu entscheiden. Als Kollisionsfall käme hier wohl nur die verschieden geregelte Kündigung in Frage.

Hier sind die Gegensätze allerdings sehr kraß, denn bei Fahrnis ist die Kündigungsfrist grundsätzlich drei Tage (§§ 581, 565 Abs. 2) während bei Grundstücken ein Jahr als Frist gesetzt ist (§ 595). Eine Entscheidung läßt sich m. E. nur für jeden Fall besonders treffen. Es wäre speziell zu betrachten, ob ähnliche Verhältnisse für den Pächter vorliegen wie bei der Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks, für welchen Fall insbesondere die lange Kündigungsfrist festgesetzt ist.

An sich sollte man dazu neigen, die längere Frist in Anwendung zu bringen, da Abwicklung der Geschäfte, Konjunkturen usw. eine besondere Rolle spielen.

Schluß.

Eine erschöpfende Behandlung sämtlicher Tatbestände, die unter den „Begriff der Pacht" fallen, war naturgemäß im Rahmen dieser Dissertation nicht möglich. So ist z. B. das große Gebiet der Pacht an Rechten wenig berührt worden. Es erwachsen hier aber kaum besondere Streitfragen. In der Hauptsache kam es meines Erachtens hier darauf an, den Unterschied zwischen Pacht und Miete herauszuarbeiten und zu einer Lösung zu kommen, die sowohl dem gesetzgeberischen Willen als auch der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit entspricht.

In allen erörterten Fällen wird es jedoch — wie nochmals gesagt werden muß — auf eine eingehende Prüfung des tatsächlichen Parteiwillens sowie auch der wirtschaftlichen Verhältnisse der Vertragsschließenden ankommen. Auf diese Weise wird der Richter — ohne eine zu enge Anklammerung an den Gesetzestext — zu einer den Interessen der Parteien entsprechenden Entscheidung gelangen.

Lebenslauf.

Ich bin am 2. März 1902 in Sondershausen als Sohn des Zollsekretärs Albin Kappauf und seiner Ehefrau Marie, geb. Wechsung, geboren. In Leer und Osnabrück besuchte ich zunächst die Volks- bezw. Bürgerschule und darauf das Osnabrücker Realgymnasium. Die Reifeprüfung legte ich im Herbst 1922 ab. Das Referendarexamen bestand ich nach einem Studium der Rechtswissenschaften von sieben Semestern an der Universität zu Münster am 3. Oktober 1927 am Oberlandesgericht zu Hamm. Darauf bin ich als Referendar am Amts- und Landgericht zu Osnabrück tätig gewesen. Im Wintersemester 1929/30 habe ich an den Vorlesungen der Universität zu Marburg teilgenommen. Zur Zeit befinde ich mich zur weiteren Ausbildung als Referendar am Oberlandesgericht in Celle. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 1. August 1930.

Max Kappauf.